

HILL DICKINSON

La mediazione in Inghilterra e Galles di Rhys Clift

WINNER

Studio Legale dell'anno

Vincitore del Legal Business Awards 2010

Recensione: La Mediazione in Inghilterra e Galles di Rhys Clift

Di Sir Henry Brooke, Presidente del *Civil Mediation Council*:

Il metodo della mediazione per risolvere le dispute civili ha avuto un inizio molto lento. Dieci anni fa la mediazione prosperava in un mondo ampiamente popolato da zeloti i quali non sono sempre facili da convincere a utilizzare nuove idee. Rhys Clift ha conseguito la sua qualifica da mediatore nel 1998 e si è creato un'ottima reputazione nel campo della mediazione. Il suo libro, che contiene due articoli scritti nel 2006 e nel 2010, non ha nessuna delle caratteristiche del fanatismo. È assolutamente da leggere per coloro che hanno sentito parlare della mediazione ma non si sono ancora spinti in quella direzione – ma anche per coloro che sono già esperti in materia.

Un avvocato che si occupa di contenzioso giudiziale non può più permettersi di non sapere nulla sulla mediazione. I suoi clienti meritano un servizio moderno di risoluzione delle dispute, e tale servizio deve necessariamente includere un'ampia conoscenza dei diversi metodi di risoluzione che sono oggi a disposizione delle parti in una disputa. Questo libro fornisce le risposte alle ovvie domande in materia: come si distingue la mediazione da un arbitrato o da un caso discusso in tribunale? Come ci si deve preparare per una mediazione? Quali sono i punti di forza e le debolezze del processo? Quali sono i segnali che indicano che una mediazione potrebbe essere più produttiva di un incontro tra le parti per la discussione di una negoziazione?

Molti mediatori sono rimasti perplessi dal fatto che un metodo così efficace il quale porta ad una concordata chiusura della disputa sia stato così lento a prendere piede. Ogni mediatore esperto nel campo è stato testimone del sollievo e soddisfazione delle parti quando un duro giorno di negoziazione facilitata si è visto concludere con un accordo firmato. L'autore spiega come, spesso, nuove idee sono prima ignorate, poi di solito vengono trattate con ostilità e derisione, e poi, finalmente, iniziano a fare parte del pensiero convenzionale.

Aprile 2011 ha visto l'implementazione della Direttiva dell'Unione Europea sulla mediazione. Nello stesso mese il Ministero della Giustizia del Regno Unito ha pubblicato una "Consultation Paper" che include un'enfasi particolare sull'importanza della mediazione. Altri dipartimenti stanno incoraggiando le parti a raggiungere soluzioni consensuali, invece di intraprendere il lento e costoso cammino verso una soluzione imposta. In questo contesto, la pubblicazione di questo libro è molto opportuna.

Recensione del libro: La mediazione in Inghilterra e Galles di Rhys Clift

"Il libro di Rhys Clift sulla mediazione in Inghilterra e Galles è una lettura fondamentale per tutti coloro i quali sono interessati alla risoluzione dei conflitti e a sviluppare una potente alternativa ai costosi processi accusatori quali l'arbitrato e il contenzioso giudiziale".

"L'autore, che apporta la sua notevole esperienza come mediatore commerciale internazionale, fornisce una pratica panoramica sull'enorme valore della mediazione quale contributo alla risoluzione di controversie complesse in una vasta gamma di discipline, tra le quali le controversie in materia di coperture assicurative, le costruzioni offshore e le azioni legali avverso i principali istituti finanziari. Offre inoltre un'eccellente analisi sulle importanti differenze tra mediazione e arbitrato e sulle motivazioni che fanno ritenere la mediazione un processo tra i più qualificati per la risoluzione delle controversie".

"Mentre la mediazione continua ad espandersi ed è riconosciuta in tutto il mondo, è fondamentale comprendere bene i vantaggi di questa importante metodologia ai fini della risoluzione dei conflitti, come sottolineato nel libro".

Virginia A. Greiman
Harvard University
Kennedy School of Government

Introduzione

Il libro contiene due saggi, in gran parte indipendenti, scritti nel 2006 e nel 2010.

Il primo saggio è stato scritto per integrare e sviluppare il materiale contenuto nel nostro libro *At a Glance Guide to Mediation* del 2000/2001 (disponibile in inglese e spagnolo) e nel *Mediation FAQs* del 2004/2005 (disponibile in 13 lingue). Il primo di questi raffronta l'arbitrato alla mediazione e presenta alcune informazioni supplementari sulla mediazione, la sua utilizzazione e la sua efficacia. Il secondo riprende alcune tematiche trattate nel primo e propone talune riflessioni sul fenomeno della mediazione e sull'attuale attitudine delle corti inglesi. Descrive, ad esempio, la funzione della mediazione, la sua collocazione nel processo civile, il ruolo della mediazione nel campo marittimo e, in particolare, manifesta una punta di apprensione su come la mediazione potrebbe evolversi nel tempo. Entrambi i saggi hanno un contenuto generico considerevole, che può essere applicato trasversalmente all'ampio spettro delle controversie e delle attività commerciali.

Dopo la stesura del primo saggio, è stata approvata, nel 2008, la Direttiva Europea sulla mediazione. La Direttiva segue il "Green Paper" europeo pubblicato dalla Commissione nel 2002 e il Codice europeo di condotta per i mediatori pubblicato nel luglio 2004. Gli Stati membri dell'Unione Europea sono ora tenuti a rendere esecutiva la Direttiva entro il giugno 2011, per quanto concerne le controversie transfrontaliere. Gli elementi principali della Direttiva sono:

- Il riconoscimento formale dell'importanza della mediazione in quanto parte di accesso alla giustizia.
- Il potere dei tribunali di tutti gli Stati membri di "invitare" le parti a mediare.
- La tutela dei termini di prescrizione nei casi in cui viene utilizzata la mediazione.
- La tutela dei mediatori/fornitori di servizi di mediazione dall'essere convocati a testimoniare, salvo in alcune circostanze molto limitate.

La Direttiva potrebbe costituire un passo significativo nella direzione della diffusione dell'utilizzazione della mediazione negli affari commerciali e del cambiamento culturale nella gestione delle controversie, non solo nel perimetro dell'Unione europea ma anche al di fuori di esso. Inoltre, anche se potrebbe sembrare prematuro anticipare, con precisione, le modalità di attuazione della Direttiva in tutta l'Unione Europea, potrebbe contribuire nell'ambito di ciascun Stato Membro, adottare una comune procedura per l'utilizzo della mediazione.

Le controversie assoggettate all'arbitrato sono escluse dall'ambito della Direttiva, ma anche in questo caso l'impatto di quest'ultima potrebbe essere positivo. Il cambiamento di mentalità e una più ampia accettazione dell'ADR e della mediazione potrebbero dare luogo ad un ricorso maggiore alla mediazione prima, e/o parallelamente, all'arbitrato. Questo è sicuramente quanto già sta avvenendo in Inghilterra e Galles.

Nel rapporto “Dispute Resolution in London and the UK 2010” pubblicato da TheCityUk nel settembre 2010 si registra una significativa impennata nella risoluzione delle controversie nel Regno Unito e che le principali organizzazioni per la risoluzione delle controversie hanno registrato un aumento considerevole dei casi ad esse deferiti tra il 2007 e il 2009, probabilmente dovuti alla recessione economica e alla crisi finanziaria. Ad esempio, le controversie deferite al London Court of International Arbitration sono raddoppiate tra il 2007 e il 2009; ci sono stati oltre 4.600 rinvii al Chartered Institute of Arbitrators, in declino dai 5.300 osservati nel 2008, ma decisamente al di sopra dei totali annuali nei due anni precedenti (2.000 e 3.000 rispettivamente); le controversie deferite alla London Maritime Arbitrators Association sono invece passate da 2.600 nel 2007 a 4.400 nel 2009.

Le statistiche per la mediazione rispecchiano sostanzialmente questo quadro; ad esempio, il “Quarto Audit” sulla mediazione condotto dal Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) stima un incremento del ricorso alla mediazione da circa 3.600 a 6.000 casi nel 2009 in campo commerciale. A questo dato si aggiungono le mediazioni sul luogo di lavoro e più di 9.000 mediazioni condotte nell’anno da “Her Majesty’s Court Service Small Claims Mediation Service” fino al marzo 2009.

Benché sia difficile quantificare alcune questioni, l’Audit del CEDR stima che, per quelle imprese che sono addivenute ad una risoluzione anticipata delle controversie attraverso la mediazione, i risparmi si aggirano intorno a £1,4 miliardi nel 2010, incluso il risparmio di tempo perso di gestione e di danno alle relazioni. Ma l’Audit del CEDR contiene anche altre cifre interessanti da leggere; ad esempio, è stato stimato che il valore dei casi mediati (rappresentante l’ammontare in questione) ogni anno è di circa £5,1 miliardi rispetto a £4,1 miliardi nel 2007; dal 1990, data effettiva di avvio delle prime mediazioni civili e commerciali in Inghilterra e Galles (contrassegnata dalla nascita del CEDR e del Gruppo ADR), il valore totale dei casi mediati (ammontare in questione) è intorno ai £40 miliardi e, infine, un recente rapporto stilato dal British Ministry of Justice indica che, nel corso del 2008/2009, l’ADR (ossia la soluzione alternativa delle controversie, di cui la mediazione è un tipo) era stata utilizzata dai dipartimenti governativi in più di 300 casi, con risparmi totali stimati intorno ai £90 milioni.

Con l’espansione e l’evoluzione della mediazione, sempre più soggetti sono diventati mediatori professionisti. Le parti, e in modo particolare i rappresentanti legali che agiscono in loro vece, sono diventati sempre più avvezzi a scegliere mediatori particolari per casi particolari e a nominarli direttamente. Tuttavia, il ruolo delle organizzazioni di mediazione (o dei cosiddetti Mediation Service Providers, ovvero i fornitori del servizio di mediazione) è ancora molto forte. Tale ruolo è fondamentalmente diviso in tre parti: continuare nel sostanziale (e precipuo) compito di provvedere all’educazione e alla formazione per la diffusione della conoscenza e dell’utilizzo della mediazione (ove appropriato); offrire adeguata formazione ai mediatori e, non da meno, sostenere commissioni di mediatori qualificati e assistere le parti nella nomina o nella scelta dei mediatori più qualificati ai casi particolari; monitorare il feedback e mantenere alti standard di qualità.

La mediazione finirà per diventare obbligatoria in Inghilterra e Galles, come già accade in alcune giurisdizioni degli Stati Uniti? Riteniamo di no, o comunque non ancora, sebbene la Direttiva sulla mediazione non preclude la mediazione obbligatoria e Lord Phillips, Presidente della nuova Corte Suprema, ritiene che il sistema si stia orientando in quella direzione. In verità, la Direttiva contempla espressamente che la legislazione nazionale, che rende esecutiva la stessa Direttiva sul territorio nazionale, può rendere la mediazione obbligatoria (o anche mettere in atto sanzioni, se le parti rifiutano la mediazione). Alcuni osservatori hanno paventato che la mediazione obbligatoria equivarrà ad un diniego dell'accesso alla giustizia tramite l'accesso diretto ai tribunali e quindi ad un inadempimento dell'Articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Tuttavia c'è un'enorme differenza tra la sospensione di un processo o la prosecuzione di un procedimento legale in attesa di mediazione da un lato, e il diniego assoluto di consentire l'accesso a un tribunale e la costrizione a mediare (ad esclusione di una decisione giudiziaria) dall'altro. Per il momento, invece di misure dirette ed impositive, in Inghilterra e Galles potremmo assistere ad una maggiore pressione esercitata dalla nostra magistratura per 'incoraggiare' le parti a mediare.

Il maggior ricorso alla mediazione si sposa bene con le iniziative commerciali nell'ottica di rendere i processi più efficienti, fornire un miglior servizio ai clienti e preservare le relazioni commerciali tra le parti. L'utilizzo di clausole mediatorie nei contratti commerciali ne faciliterebbe, senza dubbio, l'accesso e darebbe alle parti un maggior controllo sul processo.

La mediazione è un processo di negoziazione controllata in cui le parti negoziano i loro affari, ma è costituita da un programma, una struttura e una dinamica che mancano nella negoziazione "semplice". È un processo in cui si affrontano questioni complesse e si discute di cose delicate. Non sottintende né un sottile compromesso né una inevitabile definizione salomonica al 50/50. Si rivela efficace nella risoluzione di casi di difficile trattazione, come quelli che implicano dichiarazioni di frode o disonestà di una parte. È rapida e relativamente economica e spesso è in grado di preservare non solo le relazioni ma anche la reciproca reputazione tra le parti. Non è certo una panacea universale, ma funziona; i casi si risolvono.

Al momento giusto, parlare ripaga.

Rhys Clift
Partner
Hill Dickinson LLP
Novembre 2010

Membro dei seguenti servizi di mediazione:

AIA: Association for International Arbitration
CEDR Solve: The Centre for Effective Dispute Resolution
CPR: The International Institute for Conflict Prevention and Resolution:
Panel of Distinguished Neutrals
IMCAM: International Maritime Conciliation and Mediation Panel
MSMS: Maritime Solicitors Mediation Service

Indice

Pagina

4

Una comparazione tra arbitrato e mediazione

27

Appendice 1

28

Il fenomeno della mediazione

43

Contatti

44

Settori di competenza

Introduzione all' "Alternative Dispute Resolution" (ADR): una comparazione tra arbitrato e mediazione

1. Premessa

- 1.1 Storicamente le dispute legali venivano risolte o tramite contenzioso giudiziale o tramite arbitrato. La mediazione (una forma di ADR) è un "tertium genus" per risolvere le dispute commerciali.
- 1.2 Il contenzioso giudiziale è assai differente dalla mediazione, anche se alcuni considerano che l'arbitrato sia una forma di ADR e, dunque, simile alla mediazione. In realtà l'arbitrato e la mediazione sono differenti tra di loro. L'obiettivo di questo elaborato è evidenziare queste differenze ed apportare ulteriori informazioni sulla mediazione, il suo uso e la sua efficacia.
- 1.3 Questo documento è stato costruito in modo che il lettore possa considerare una o più sezioni di interesse, oppure leggere il documento per intero. Le procedure per l'arbitrato (e per il contenzioso giudiziale) in Inghilterra e Galles sono eccellenti per molti motivi ed il procedimento giudiziario si può considerare di primaria importanza. Tuttavia, sia pur generalizzando, il procedimento giudiziario porta con sé delle deficienze, alle quali si può sopperire, in casi opportuni, per il tramite del ricorso alla mediazione. Molte delle osservazioni in questa sede in merito ai difetti dell'arbitrato (e contenzioso giudiziale) abbiamo motivo di ritenere che trovino applicazione, in ugual misura, sia in Inghilterra e Galles che, altrove, all'estero, nei sistemi legislativi stranieri.
- 1.4. La parte principale di questo lavoro è divisa nelle seguenti sezioni:
 - Introduzione
 - In cosa consiste l'ADR (specialmente la mediazione) - Sezione 3 pagina 8
 - Differenze tra mediazione ed arbitrato - Sezione 4 pagina 10
 - Utilizzazione della mediazione - Sezione 5 pagina 18
 - Mancata utilizzazione della mediazione - Sezione 6 pagina 20
 - Efficacia della mediazione - Sezione 7 pagina 21
 - Conclusioni - Sezione 8 pagina 25
- 1.5. Nell' Appendice 1, si può trovare una comparazione schematizzata tra arbitrato e mediazione. Questa è stata volutamente semplificata al fine di fornire una comparazione istantanea e quanto più immediata possibile. Tale comparazione non può ovviamente tenere conto delle peculiarità di ogni singola disputa commerciale. Deve, inoltre, considerarsi che è spesso necessario, per non dire di vitale importanza, affrontare alcune fasi dell'arbitrato, al fine di poter addivenire alla soluzione della disputa, nei migliori termini ipotizzabili.

1.6. Spero che il lettore troverà questo documento utile e interessante.

2. Introduzione

2.1. In questa introduzione tratteggerò alcuni sviluppi che costituiscono le fondamenta per questa comparazione.

2.2. Primo, i motivi che giustificano il ricorso alla mediazione. Il funzionamento, la rapidità ed il risparmio di risorse.

2.3. Mark Twain espresse efficacemente un concetto di base *“L'uomo con una nuova idea non ha pace finché non la realizza”*. Come tutti spesso constatiamo, le nuove idee sono di solito poco considerate. Se, tuttavia, persistono nel tempo, sono spesso trattate con ostilità ed avversione. Poi, improvvisamente, rivestono un crisma di ortodossia che le rende accettabili e, in quanto tali, entrano a fare parte del pensiero comune. Ciò vale sia con riferimento alla mediazione commerciale, che per ogni altra nuova idea, anche più radicale. Si può dire, dunque, che la mediazione commerciale si trovi ora in uno stato avanzato, essendo entrata a far parte, oramai, del pensiero comune e, dunque, dell'“ortodossia” e si può azzardare, oramai, che la mediazione funziona.

2.4. La mediazione si porta dietro una lunga storia nella diplomazia internazionale, nelle questioni di diritto di famiglia e di lavoro e nelle giurisdizioni asiatiche. Ma fino a poco tempo fa l'istituto della mediazione era considerato alla stregua, se ci è consentito, di *“sport minoritario”* nella risoluzione di dispute **commerciali**. Comunque, anche se, probabilmente, la mediazione ha ancora molta strada da percorrere, sembrerebbe, tuttavia, incamminarsi nella direzione giusta.

2.5. Negli ultimi tempi, vi è stato un significativo aumento dell'attenzione nei confronti della mediazione ed una crescita sostanziale nel numero di fornitori dei servizi di mediazione. Non mi riferisco semplicemente al Regno Unito (anche se, nel nostro territorio, sono stati fatti progressi molto significativi) ma, anche, a livello internazionale, in genere. Il primo posto dove si può notare questo sviluppo è su Internet. Se si appongono le parole **“Commercial Mediation”** in uno dei qualsiasi maggiori motori di ricerca, si genererà un elevato numero di risultati. Tali risultati sono simili anche quando la ricerca viene limitata ad alcuni paesi. Se si effettua una ricerca su Google *“book search”* si possono trovare, all'incirca, 150 libri su questo argomento. Questi risultati su Internet denotano un'enorme quantità di attività, di energia e di sforzi, che sono stati devoluti per comprendere il processo della mediazione, per svilupparlo e per, poi, utilizzarlo.

- 2.6. Fino a poco tempo fa ADR e mediazione (ed, in un certo senso, ADR è diventato sinonimo di mediazione) erano poco conosciuti dagli avvocati inglesi. Addirittura alcuni avevano (ma è superata davvero?) una propensione negativa nei loro confronti. Fino quasi ai giorni nostri, gli avvocati in Inghilterra non ricevevano alcuna formazione sulla negoziazione o risoluzione di dispute, né all'Università né nelle Scuole Legali. Ciò, inevitabilmente, ha avuto un impatto sul loro modo di ragionare. L'enfasi era sul **processo**, per gestire le controversie; familiarizzazione con le regole e le procedure, conoscenza dei Regolamenti delle varie organizzazioni arbitrali e consuetudine di lavoro con la "*Commercial Court Guide*" (n.d.r. ossia le regole procedurali da utilizzare nelle vertenze dinanzi alla "*Commercial Court*"). L'approccio consisteva nell'individuare le questioni principali, stabilire, poi, le prove documentali, testimoniali e delle eventuali consulenze tecniche, al fine di utilizzare tutto ciò davanti ad un arbitro o alla Corte. Minore enfasi era posta sulla **soluzione** della disputa. Un totale cambiamento culturale ha poi avuto luogo in pochi anni. Gli studi legali inglesi, ora, hanno dipartimenti di "*Dispute Resolution*" (n.d.r. risoluzione dispute) non più di "Litigation" (n.d.r. contenzioso giudiziale). La mediazione ha svolto un ruolo fondamentale in questo cambiamento epocale.
- 2.7. Nel Regno Unito il contributo più importante allo sviluppo della mediazione è venuto, probabilmente, dal lavoro svolto dal "*Centre for Dispute Resolution*" (n.d.r. Centro per la Risoluzione delle Dispute), agli inizi degli anni novanta. La mediazione "commerciale" ha ricevuto un enorme impulso dalle "*Civil Procedure Rules*" (n.d.r. ossia le regole di procedura civile) implementate, in seguito, dalla ricerca su tali regole, portate avanti dal "*Wolf Committee*" nel 1999. Il fatto che ora le Corti possano "incoraggiare" le parti, attraverso l'applicazione delle nuove *Civil Procedure Rules* (che prevedono penalità in rispetto ai costi legali), significa che la mediazione è diventata di molto più comune utilizzazione nel contenzioso giudiziale; addirittura alcuni avvocati specializzati nel contenzioso commerciale ammettono che, oramai, quasi tutte le controversie vengono indirizzate verso la mediazione, qualora non siano già state risolte, prima che l'udienza abbia luogo.
- 2.8. Non avviene la stessa cosa, per contro, con riferimento all'arbitrato che costituisce, come detto, oggetto primario di questo elaborato, in comparazione con la mediazione. Ciononostante, anche se i Tribunali arbitrali non "incoraggiano" o non indirizzano le parti a fare ricorso alla mediazione, essa sta diventando sempre più comune nel risolvere dispute che vengono altrimenti devolute ad un arbitro. Ciò avviene in risposta ad una esigenza proveniente, proprio, dai clienti. Questi ultimi raffrontano la loro esperienza nel contenzioso giudiziale, nel quale la soluzione della vertenza è rapida ed a costi contenuti, per pretenderne l'applicazione anche in sede di arbitrato.

- 2.9. È da segnalare la bozza “**Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio su certi aspetti della mediazione in Casi Civili e Commerciali**” preparata dalla Commissione dell’Unione Europea nell’Ottobre 2004 (2004/0251 (COD)). Considerazioni al riguardo di tale bozza e sui suoi lavori preparatori esulano dalle finalità di questo documento. Se, o forse, quando la Direttiva verrà finalmente adottata è prevedibile che ciò comporterà un’ulteriore diffusione della mediazione negli attuali 25 Paesi dell’Unione Europea. È, inoltre, inevitabile che ciò avrà ripercussioni ben al di là dell’Unione Europea, considerando il volume delle relazioni commerciali tra le nazioni dell’Unione Europea e gli altri Paesi stranieri. Il fatto stesso che la Commissione dell’UE abbia propugnato questa Direttiva è prova dell’ampio consenso che esiste nei confronti della mediazione commerciale nell’Unione Europea.
- 2.10. Più recentemente, ulteriore supporto è stato offerto dalla “*National Mediation Week*” (n.d.a. ossia la settimana nazionale della mediazione) tenutasi nel Regno Unito nella settimana del 24 Ottobre 2005. L’inaugurazione dell’evento ha avuto luogo venerdì 21 Ottobre, con un discorso espresso in nome del Lord Chancellor. All’inaugurazione erano presenti “*solicitors*”, “*barristers*”, mediatori, fornitori di servizi di mediazione e vari membri del sistema giudiziario, tra i quali il “Master of the Rolls” (nota figura nel sistema giudiziario inglese). Era chiaro, fin dal momento dell’inaugurazione, che i più scettici fossero rimasti persuasi delle benemerite della mediazione. Ai livelli più alti, il Governo britannico e il sistema giudiziario inglese supportano la mediazione.
- 2.11. Veniamo ora all’evoluzione del mercato della mediazione. All’epoca dei miei studi per diventare un mediatore nell’Ottobre 1998 attraverso il CEDR (n.d.r. *Centre of Effective Dispute Resolution*, ossia un centro che si occupa della risoluzione extra-giudiziale dei conflitti), le “*Civil Procedure Rules*” non erano ancora state implementate. A quel tempo, era opinione comune che un abile mediatore potesse occuparsi di qualsiasi disputa. Ciò non era del tutto vero. Con l’esperienza il mercato è maturato. Alcuni, infatti, ora credono che sia questione preminente che il mediatore abbia una conoscenza specialistica della materia oggetto di mediazione. Lo sviluppo del “Maritime Solicitors Mediation Service” (MSMS – www.msmsg.com) è in linea con questo punto di vista.
- 2.12. Veniamo, dunque, a trattare alcune delle questioni chiave:
1. **In cosa consiste l’ADR (specialmente la mediazione).**
 2. **Differenze tra mediazione ed arbitrato.**
 3. **Utilizzazione della mediazione.**
 4. **La mancata utilizzazione della mediazione.**
 5. **Efficacia della mediazione.**

3. Cos'è l' ADR

- 3.1. ADR significa “Alternative Dispute Resolution”. Questo è un termine con un significato molto ampio e si riferisce ad ogni forma di risoluzione delle controversie che non comportino il ricorso presso la Corte. Ad essere precisi, il termine “*alternative*” può essere considerato in un certo senso improprio. La maggior parte delle forme di ADR sono utilizzate in parallelo, sia con il contenzioso giudiziale, che con l'arbitrato. Di seguito spiegherò perché può essere opportuno usare le varie forme di “*dispute resolution*” contestualmente tra loro.

Mediazione

- 3.2. L'ADR si estrinseca in diverse forme. La principale è, appunto, la mediazione, nella sua forma “facilitativa” e “valutativa”. Tratterò di queste due tipologie più diffusamente a seguire ma prima vorrei trattare brevemente altri tipi di ADR.

Early Neutral Evaluation

- 3.3. “**Early Neutral Evaluation**” è uno strumento che può essere utilizzato in qualsiasi fase della disputa. La procedura prevede che un Giudice, un arbitro o una parte terza e indipendente (ad esempio un “*solicitor*” o un “*barrister*”) passi un periodo limitato di tempo, solitamente un giorno, con le parti per poi formulare un proprio parere **non-vincolante** sull' esito della controversia, sulla base delle prove acquisite (ad esempio documenti vari e deposizioni di testimoni) e della discussione della causa, tra le due parti, in contraddittorio tra loro, al suo cospetto. Se le parti hanno fatto ricorso ad un Giudice per la “*early neutral evaluation*” e la disputa non è stata risolta, tale Giudice non potrà presiedere il procedimento giudiziale e non potrà avere alcun ulteriore ruolo nello svolgimento del processo davanti alla Corte. Tale procedura, tuttavia, non è di uso comune.

Executive Tribunal

- 3.4. Un ulteriore strumento di ADR è l'“**Executive Tribunal**”. Questa è una procedura assai simile alla mediazione, nella quale membri del “*senior management*” delle parti coinvolte attendono di fronte ad un mediatore, insieme con i loro assistenti legali. Questi ultimi, a loro volta, sottopongono i loro rispettivi casi al mediatore e poi si ritirano. Il mediatore incontra, quindi, i “*senior managers*” per discutere i vari modi possibili di risoluzione della vertenza. Questa procedura ricorre frequentemente quando sono coinvolte grandi società, i cui tentativi si sono arenati a livello del “*middle-management*”. Anche tale procedura, come nel caso precedente, non è di uso frequente.

Neutral Fact Finder

- 3.5. Un'altra forma di ADR è costituita dal "**Neutral Fact Finder**". Come la denominazione suggerisce, tale procedura richiede che una parte terza e neutrale indaghi esclusivamente sui fatti allegati di una controversia e riferisca, poi, alle parti l'esito delle proprie indagini. Il "*fact finder*" non si occuperà delle sottintese questioni legali (né per quanto riguarda la responsabilità di una delle parti, né le questioni di *quantum*) e non entrerà nel merito della vicenda. Questa procedura è simile a quella usata in alcune giurisdizioni europee, ad esempio in Francia, dove un perito di Corte viene nominato al fine di investigare i fatti.
- 3.6. Non mi risulta che tale procedura sia ampiamente usata in Inghilterra, in particolare se paragonata con l'uso della mediazione.

Arbitration

- 3.7. Infine, alcuni sostengono che l'arbitrato faccia parte del novero di procedure coperte da ADR. In realtà, l'arbitrato ha maggiori elementi comuni con il procedimento giudiziale, dinnanzi alla Corte, in quanto: in entrambe le procedure ci sono due (o più) contraddittori e, di solito, è regolamentato lo scambio dei vari atti procedurali, dei documenti, delle deposizioni dei testimoni e delle perizie degli esperti. Laddove necessario, la Corte e/o il Tribunale possono obbligare le parti ad attenersi a tali procedure formali. Alla fine dell'udienza/udienze, vi è una qualche forma per risolvere le questioni che ancora restano irrisolte tra le parti. In genere emerge un vincitore e uno o più perdenti. Inoltre, viene deciso chi dovrà sopportare i costi del procedimento, in tutto o in parte.
- 3.8. Per molti aspetti, dunque, le caratteristiche dell'arbitrato e del contenzioso giudiziale si distinguono dalla mediazione.

Mediazione

- 3.9. Veniamo a trattare ora della mediazione.
- 3.10. Sono disponibili essenzialmente due tipi di mediazione; **facilitativa** e **valutativa**. La mediazione facilitativa è, indubbiamente, il metodo più comune adottato in Inghilterra e Galles per la risoluzione di vertenze commerciali. La mediazione valutativa riveste delle peculiarità che, talvolta, sembrano convergere nelle caratteristiche dell'altra mentre, in realtà, le differenze, tra loro, sono notevoli.

3.11. In una mediazione valutativa, il mediatore espone il suo opinamento (solitamente a tutte le parti, contemporaneamente) riguardo al merito della vertenza. Il mediatore può indicare quali argomentazioni potrebbero risultare più convincenti e quali meno e può, anche, esprimere la sua opinione in merito ad un eventuale ragionevole compromesso tra le parti.

3.12. Il che non avviene nella mediazione facilitativa.

Mediazione facilitativa

3.13. Nel corso di questo scritto farò riferimento al più diffuso tipo di ADR che è l'istituto della mediazione facilitativa.

3.14. Nella mediazione facilitativa una parte terza e neutrale, il mediatore, assiste le parti nella risoluzione delle controversie. Il mediatore funge da catalizzatore. La presenza di una parte terza, indipendente, è la principale connotazione che caratterizza questo tipo di processo. La mediazione facilitativa è un cosiddetto processo di negoziazione controllata.

3.15. I mediatori, ovviamente, lavorano in maniera differente a seconda delle loro sensibilità e della loro formazione specifica e dell'esperienza personale. Non esiste un'unica formula anche se ci sono diversi punti in comune. Il mediatore deve essere completamente neutrale e indipendente. Il mediatore, di solito, cerca di risolvere, con idee nuove, una disputa che può essersi protratta per lungo tempo. Fiducia e integrità sono le parole chiave. Il suo ruolo è quello di facilitare la comunicazione tra le parti, aiutarle ad affrontare eventuali blocchi emotivi e a concentrare la loro attenzione e i loro sforzi sui problemi e sulle loro soluzioni. Tale funzione può assistere le parti a comprendere meglio le rispettive argomentazioni, ma anche gli elementi di rispettiva debolezza, che le parti stesse ed i loro consulenti non sono stati capaci di rilevare. Il mediatore può suggerire nuove strade da intraprendere, al fine di rimuovere ogni ostacolo intercorso tra le parti e, soprattutto, al fine di concorrere a superare le incomprensioni che si possono essere generate nel corso della disputa.

4. Differenze tra mediazione e arbitrato

4.1. L'arbitrato è una forma di processo **obbligatorio**. Un accordo per demandare la vertenza ad arbitri può essere raggiunto in due diversi modi. Primo, le parti possono avere inserito nel contratto una "clausola compromissoria" che obbliga i due contraenti a deferire ogni eventuale insorgenza controversia ad arbitri, con esclusione obbligatoria di qualsiasi altra giurisdizione, e con regole diverse dal processo ordinario. Secondo, il deferimento di una vertenza agli arbitri può essere concordato tra le parti anche dopo l'insorgere della vertenza. Se esiste un accordo vincolante, le parti possono essere obbligate a prendere parte all'arbitrato, al fine di evitare penalità.

Controllo del processo – Ordini

4.2. La mia comparazione naturalmente, sottintende l'applicazione della legge inglese. Secondo la legge inglese, in particolare secondo l'“*Arbitration Act 1996*”, e secondo molte regole procedurali riguardanti l'arbitrato, il Collegio arbitrale ha la giurisdizione sull'intero processo, con tutti i poteri propri del processo (salvo alcuni, per i quali gli arbitri possono essere supportati dalle Corti inglesi, ove necessario). Tali poteri consentono al Collegio arbitrale di emettere ordinanze come ad esempio scandire i termini dei vari incombenti processuali, imposti anche a pena di scadenza: ad esempio il Collegio arbitrale può ordinare, in genere su richiesta di una delle parti, che certe categorie di documenti vengano esibiti durante il procedimento. Nel caso in cui tali documenti non fossero, poi, prodotti, il Collegio arbitrale ha il potere di imporre sanzioni a carico della parte inadempiente, il che non avviene, nel caso della mediazione.

Privacy

4.3. L'arbitrato ha natura privatistica e questa è la caratteristica per cui molte entità commerciali preferiscono che le vertenze vengano sempre risolte tramite arbitrato. Vi sono, infatti, meno rischi che il pubblico venga a conoscenza delle informazioni riguardanti l'arbitrato. Il nome delle parti, le questioni oggetto di disputa, gli atti formali, i vari documenti in supporto, eventuali deposizioni di testimoni, perizie degli esperti ed, in particolare, la decisione stessa del Collegio: tutte queste informazioni raramente diventano di dominio pubblico. In questo, l'arbitrato e la mediazione sono simili anche se non identici. La differenza principale è che non esiste alcuna **garanzia** che la procedura arbitrale rimanga privata. Se una decisione arbitrale venisse impugnata il processo di appello contro tale decisione sarà, salvo rare eccezioni, pubblico ed il nome delle parti, così come la materia oggetto del contendere, diverranno di pubblico dominio. Un lodo arbitrale può diventare di pubblico dominio anche in occasione di procedimenti esecutivi e di richieste di particolari indennità.

Decision making – Lodo arbitrale

4.4. L'arbitrato (come il contenzioso giudiziale) è un “*decision making process*” (n.d.r. ossia un procedimento che necessita di una decisione finale). Al termine di tale processo, ossia al termine dell'udienza di fronte al Collegio arbitrale, quest'ultimo organismo si pronuncerà, riguardo ai fatti, oggetto di controversia e applicherà la legge, definendo la questione insorta tra le parti.

4.5. In un passato ormai lontano, molte dispute venivano risolte tramite una “battaglia processuale”: una parte sopravviveva e l'altra soccombeva. Ci sono similarità tra il contenzioso giudiziale e l'arbitrato da una parte, e la “battaglia processuale” dall'altra. I procedimenti legali sono disciplinati da regole procedurali molto ben sviluppate che consentono alle parti di ottenere una decisione che possa risolvere le dispute, anche quelle molto combattute, in una maniera efficace e disciplinata ma senza che si debba ricorrere, metaforicamente, ai c.d. “spargimenti di sangue”. I procedimenti legali, dunque, possono evitare “battaglie cruente”, ma vi sarà pur sempre, in ogni caso, un vincitore ed un perdente.

Esecuzione

- 4.6. In fine, con riferimento a questa breve elencazione di procedimenti esiste, poi, la questione dell'esecuzione. Aver conseguito un lodo arbitrale, o anche una sentenza, in proprio favore, non costituisce necessariamente la fine della vicenda. Per certi aspetti è invece, solo l'inizio. Se la parte vincitrice non possiede alcuna garanzia, a tutela del proprio credito (ad esempio, una garanzia bancaria o un'ingiunzione che congeli i beni del debitore), allora, dovrà impiegare parecchio tempo, con dispendio non indifferente di risorse, per soddisfare il proprio credito tramite l'esecuzione del lodo.
- 4.7. Le decisioni arbitrali possono essere eseguite in Inghilterra e Galles, come sentenza giudiziale e anche all'estero, secondo quanto previsto dalla Convenzione di New York 1958. Infatti, 136 Nazioni hanno sottoscritto e si sono obbligate ad eseguire la Convenzione, ed il Pakistan, uno dei originari Paesi sottoscrittori, ha di recente ratificato la Convenzione, nel Luglio 2005.
- 4.8. A fronte dei molti pregi offerti dall'arbitrato, esso detiene, anche, alcuni difetti. E proprio tali difetti, nell'arbitrato come nel contenzioso giudiziale, costituiscono la ragione, prima dello sviluppo e poi della utilizzazione, della mediazione commerciale.
- 4.9. Non certo per denigrare il contenzioso giudiziale o l'arbitrato, che sono sotto molti aspetti eccellenti (e probabilmente indispensabili), tuttavia l'arbitrato, in linea di massima, è:
- 4.9.1. lento;
 - 4.9.2. dispendioso;
 - 4.9.3. antagonistico;
 - 4.9.4. rischioso
- 4.10. Molti di questi difetti occorrono, in egual misura, nell'arbitrato e nel contenzioso giudiziale, sia nel Regno Unito, che all'estero.

Lento

- 4.11. L'arbitrato è **lento** nel produrre un risultato, ossia nel portare un caso fino all'udienza finale. Anche se si possono avere udienze abbreviate, di norma, ci vogliono mesi ed, in alcuni casi anni, per arrivare alla definizione. Infatti, vi possono essere ulteriori ritardi, dopo la conclusione dell'udienza finale, in attesa che il lodo arbitrale venga emesso e pubblicato, il che può, anche, richiedere mesi, a seconda della complessità del caso. Possono poi sopravvenire altri ritardi nel cercare di eseguire il lodo arbitrale (o nel dovere affrontare eventuali appelli prima di potere iniziare l'esecuzione).

Dispendioso

- 4.12. In termini generali, l'arbitrato (o il contenzioso giudiziale) è dispendioso nella maggior parte dei sistemi legali. È, generalmente, necessario procedere ad un esame iniziale del caso, al fine di mettere insieme i documenti rilevanti e ricorrere ad un iniziale parere legale.

Una volta che le questioni sono state identificate, si può iniziare a mettere insieme le deposizioni dei testimoni e può, poi, essere necessario produrre delle perizie di esperti. Durante l'intero iter sarà anche necessario incorrere costi relativi al “*barrister*” (per la preparazione dei vari documenti formali, per fornire un parere sulle prove e i meriti del caso e per la conduzione dell'udienza). Ci sarà anche da corrispondere l'onorario degli arbitri (per le varie udienze preliminari e l'udienza finale) e i costi relativi all'udienza stessa (ad esempio, affitto dei locali). In alcune procedure arbitrali, sono previsti dei costi aggiuntivi piuttosto onerosi, che devono essere versati all'ente che gestisce l'arbitrato. Bisogna ricordare che, talvolta, può essere necessario procedere attraverso alcune di queste fasi, al fine di “preparare” la trattazione completa di un caso, al fine di poter, poi, addivenire alla negoziazione ed al raggiungimento di un eventuale compromesso.

Antagonistico

- 4.13. L'intero processo arbitrale, così come il contenzioso giudiziale, si rammostra come fortemente **antagonistico**. Questa caratteristica del processo induce le parti ad insistere, ad oltranza, nelle loro posizioni, con correlativo conseguente aumento della tensione tra loro: tutto ciò può rendere impossibile il raggiungimento di un compromesso.

Rischioso

4.14. Esiste sempre un **rischio** connesso con l'arbitrato e il contenzioso giudiziale. Le probabilità di successo o fallimento, in ogni contenzioso, possono essere prese in considerazione (almeno in qualche misura) durante le varie fasi, ma nuovi documenti e informazioni che spesso emergono durante il procedimento possono sovvertire le iniziali previsioni e non è, inoltre, possibile predire, con certezza, come un esperto o un testimone si comporterà durante l'udienza stessa. Non è neanche possibile prevedere le conclusioni alle quali perverrà il lodo arbitrale o la sentenza.

Mediazione – Volontaria

- 4.15. Al contrario, la mediazione è un processo volontario. La Corte può “incoraggiare” le parti a far ricorso alla mediazione, con l'incentivo per la parte di non essere gravata delle spese legali. Ciò non trova applicazione nel caso dell'arbitrato.
- 4.16. Dal momento che l'intero processo è volontario, le parti possono abbandonarlo, in qualsiasi momento, anche se, di fatto, raramente ciò accade. Abbandonare un arbitrato non è, per contro, possibile.

Without Prejudice

4.17. La Mediazione è “**without prejudice**” (n.d.r. ossia senza effetti giuridici). Ogni documento creato al solo fine di essere utilizzato durante la mediazione e quanto detto durante la mediazione stessa è “without prejudice”. Nel caso in cui non si riesca a raggiungere un compromesso, nessuna delle parti può usare né i documenti provvisti per la mediazione, né quanto detto durante lo svolgimento della mediazione. Ciò avviene in conformità a quanto previsto dalla legge inglese (e dalla normativa della maggior parte delle Nazioni governate da “*common law*”). Bisogna, quindi, prestare attenzione nel condurre una mediazione che sottintenda una disputa regolata da leggi e procedure straniere.

Privata e Confidenziale

4.18. La mediazione è **privata e confidenziale**. Nulla di ciò che viene detto durante una mediazione può essere discusso al di fuori della stessa e non può essere rivelato a parti terze. La clausola di confidenzialità viene, di solito, stipulata all'interno del “*Mediation Agreement*”, ossia l'accordo che viene sottoscritto (generalmente il giorno stesso della mediazione) al fine di regolare il procedimento. La mediazione facilitativa prevede che diversi incontri/sessioni abbiano luogo in una giornata. Di solito, la mediazione inizia con un incontro al quale presenziano tutte le parti ed il mediatore. Alla fine di questo incontro iniziale, le parti si ritirano in stanze separate e il mediatore inizia la sua opera “diplomatica”, durante diverse sessioni.

- 4.19. Qualunque cosa venga detta durante le sessioni comuni è confidenziale. Inoltre, esiste una specie di principio di c.d. “doppia confidenzialità”. Infatti, anche ciò che viene discusso, durante le sessioni private, con il mediatore è confidenziale e non può essere rivelato dal mediatore alle altre parti, a meno che non venga autorizzato a farlo. Questa è una delle più inusuali ed efficaci caratteristiche di questo procedimento. Per fare un paragone, rivelereste mai ad un giudice o ad un arbitro i vostri punti deboli o i dettagli di problemi finanziari o commerciali che state affrontando? Certamente no. Protette dal velo della confidenzialità le parti spesso rivelano al mediatore i fatti più disparati che il mediatore potrà utilizzare (previa autorizzazione) al fine di facilitare un compromesso tra le parti.
- 4.20. Devo, comunque, rimarcare due fatti.
- 4.21. Primo, bisogna ricordare che se la disputa è regolata da leggi straniere il diritto di confidenzialità potrebbe non sussistere o non essere applicato.
- 4.22. Secondo, e per certi versi più importante, una volta che una parte dichiara qualcosa, ciò non può poi essere ritrattato. Se una disputa non viene risolta, ciò che è stato discusso, durante la mediazione, non può essere usato durante un arbitrato, ma può sicuramente influenzarne lo svolgimento. Infatti, potrebbe influenzare la condotta delle parti, in generale, nei loro rapporti commerciali da quel momento in poi. Dal punto di vista della indicazione di prove, le parti possono venire a conoscenza di nuovi elementi. Le parti potrebbero, ad esempio, iniziare a cercare di affidarsi a nuove e diverse prove, a suffragio delle loro tesi. Tutto ciò comporta, di conseguenza, che bisogna essere molto cauti quando si prende parte ad una mediazione. La mediazione non è solamente una questione di applicazione di esperienze di buonsenso. Richiede anche capacità tecniche.

Niente Ordini

- 4.23. Il mediatore controlla il procedimento ma non la risoluzione della disputa. Può decidere chi deve attendere le sessioni comuni e chi deve attendere le sessioni private (solo i legali, solo le parti o solo i periti). Può anche richiedere che le parti preparino un riassunto dei loro punti forti.
- 4.24. Il mediatore non può, però, impartire ordini. Al contrario di un arbitro, il mediatore non può ordinare la produzione di documenti. Conseguentemente, se si necessita di un particolare documento per la gestione della controversia, è opportuno non ricorrere alla mediazione finché non si sia ottenuto tale documento. Stabilire la rilevanza di documenti è una questione alquanto delicata. L'arbitrato e il contenzioso giudiziale non sono equiparabili alla matematica, non sono, infatti, una scienza esatta.

Niente Sentenza / Niente Lodo

4.25. Alla luce di quanto sopra, è ovvio che il mediatore non abbia alcun potere di pronunciarsi riguardo alle questioni controverse tra le parti. Non può, dunque, emettere una sentenza, nè esprimere il proprio parere in merito alla disputa (tranne che nel caso della mediazione valutativa). Le conclusioni possono essere di due specie, di segno opposto: o le parti riescono a risolvere la disputa, o terminano la mediazione, senza aver trovato un accordo. Le alternative saranno poi ricorrere alle vie legali, negoziare o, magari, ripristinare il ricorso alla mediazione nel futuro.

Esecuzione

4.26. Una volta che un accordo è stato firmato, è molto probabile che le parti rispettino i termini accordati. Non credo ci siano precedenti nei quali una parte abbia disconosciuto quanto pattuito, a seguito della mediazione. Ciononostante, è possibile far confluire i termini di un accordo in un lodo arbitrale, al fine di facilitarne l'esecuzione.

Potrebbe, altrimenti, essere necessario ricorrere al contenzioso giudiziario, per il mancato rispetto del compromesso e ciò dovrebbe costituire la strada più agevole rispetto al deferimento della controversia ad arbitri per risolvere la disputa in prima battuta.

Vantaggi

4.27. La mediazione non è certamente una panacea universale. In linea di massima, peraltro, rappresenta le caratteristiche opposte che abbiamo visto, prima, in occasione dell'analisi dei quattro maggiori difetti dell'arbitrato (e del contenzioso giudiziale). La mediazione, infatti, è:

- 4.27.1. veloce (lento);
- 4.27.1. economica (dispendioso);
- 4.27.3. collaborativa (antagonistico);
- 4.27.4. di rischio minimo per le parti (rischioso).

Veloce

4.28. Indipendentemente dal tempo occorrente per la preparazione della mediazione (che può impegnare settimane o mesi) nel modello tipico di mediazione facilitativa, nel Regno Unito, la mediazione vera e propria richiede un solo giorno; anche se può risultare un giorno molto impegnativo. L'inizio di molte mediazioni

è previsto per le 10:00 di mattina e si cerca di finire per le 18:00 di sera. Le tariffe/onorari previste per la mediazione sono calcolate su questa base. Accade, di frequente, però, che si concludano a tarda notte, a volte costringendo le parti a fare anche le ore piccole.

4.29. Alcune Corti hanno implementato degli schemi che prevedono una tempistica molto rigida. Ad esempio la *“Central London County Court”* prevede uno schema di mediazione, che prevede una durata di tre ore, con conclusione del procedimento alle 19:30, senza eccezioni o sforamenti di sorta. Ho partecipato a numerose mediazioni di questo tipo e funzionano veramente bene. Come esperienza personale posso dire che, a volte una bozza di accordo è stata raggiunta entro le 19:30, anche se niente era stato ancora messo per iscritto. Tali bozze di accordo possono essere, infatti, messe per iscritto anche dopo la mediazione, di solito in prossimità della sede della mediazione, in un albergo lì vicino. Immagino, anzi, che sia abituale per tale albergo ricevere piccoli gruppi di parti coinvolte in mediazioni, accompagnati dai loro legali. Comunque, anche nel caso in cui la mediazione si protragga per 4-5 ore o 12-14 ore è una procedura molto più rapida di un processo o di un’udienza ordinaria.

Economica

4.30. Economica, naturalmente, è un termine relativo. Di norma l’esborso per una mediazione commerciale, a Londra, è pari a circa £4.000, per un giorno di attività preparatoria ed un altro giorno per lo svolgimento della stessa. A ciò bisogna aggiungere il costo per l’affitto della sede ed accessori. Bisogna, inoltre, considerare, ovviamente, il corrispettivo degli onorari dei legali.

4.31. Una certa quantità di lavoro deve essere eseguito esclusivamente ai fini della mediazione e ciò comporta costi aggiutivi che non sarebbero stati sostenuti, nel corso dell’arbitrato. Mi riferisco, ad esempio, al *“Mediation Summary”*, il documento nel quale si cerca di riassumere, in non più di dieci pagine, i punti essenziali della disputa ed alla raccolta di documenti rilevanti (alcuni dei quali rigorosamente confidenziali) da essere usati durante la mediazione.

4.32. Certamente questi costi sono inferiori ai costi da doversi affrontare nel caso in cui si debba procedere attraverso tutte le fasi dell’arbitrato, cioè la preparazione degli atti formali, produzione di documenti, deposizione di testimoni, perizie degli esperti, udienza finale ed eventuale appello ed esecuzione. Bisogna comunque ricordare che può essere necessario affrontare almeno alcune di queste fasi prima di essere in grado di negoziare un compromesso favorevole. Anche se la mediazione può essere condotta prima di ogni formale procedimento giudiziale la norma è che non viene usata in esclusione.

Collaborativa

4.33. Tratterò questo punto, più diffusamente, in seguito, ma c'è un condiviso senso di collaborazione tra le parti nella mediazione. Spesso le parti stesse vogliono giungere ad un accordo (in particolare in caso di dispute che si sono protratte a lungo) e intravedono nella mediazione il mezzo più adatto per raggiungere tale fine. La mediazione può iniziare con un incontro, in cui le parti, il più delle volte, usano toni accesi e ostentano atteggiamenti intimidatori. Poi, durante il corso della giornata, le parti si rasserenano e si concentrano maggiormente sul lavoro da svolgere. La maggior parte delle parti intraprendendo la strada della mediazione perchè vogliono risolvere rapidamente il contenzioso per cui è un percorso assolutamente a base volontaria.

Risk Management

4.34. La risoluzione di una disputa tramite mediazione esclude di affrontare l'alea dell'esito di una udienza o di un appello.

5. Il miglior utilizzo della mediazione

5.1. Alcuni sostengono che il giusto approccio a qualsiasi controversia dovrebbe essere negoziare con la controparte, a tutti i costi, per cercare di raggiungere un accordo. Se ciò non funziona, bisognerebbe poi passare alla mediazione e, se anche la mediazione non aiutasse a risolvere la controversia, si dovrebbe passare, in ultimo, ad un arbitrato (o al contenzioso giudiziale). Questo approccio può sembrare ideale ma, per le ragioni che seguiranno, non appare sempre il più adatto.

5.2. Generalizzando, si dovrebbe far ricorso alla mediazione solo quando il caso è "maturo", ossia quando tutte le parti della controversia riconoscono che esistono le giuste condizioni per risolvere la disputa. Ogni caso è particolare, ed è, per questo, che stabilire quando un caso sia "maturo" varia di volta in volta.

5.3. Sarebbe meglio ricorrere alla mediazione all'inizio di ogni disputa, quando si è a conoscenza solo dei tratti generali di un caso?

5.4. Oppure dopo che i vari atti di comparsa sono stati prodotti e le caratteristiche della disputa sono più chiare?

5.5. O forse sarebbe meglio dopo la "disclosure" (n.d.r. ossia la divulgazione obbligatoria dei documenti tra le parti), quando le varie prove documentali sono state prodotte?

- 5.6. O dopo lo scambio delle deposizioni dei testimoni che dovrebbero rendere più chiare le prove prodotte dalle parti?
- 5.7. Oppure addirittura dopo lo scambio delle perizie degli esperti?
- 5.8. Ciò che è ormai diventato ovvio, è che nella maggior parte delle controversie (all'incirca il 99%) si riesce a raggiungere un accordo, indipendentemente dal fatto che tali dispute siano state deferite ad un arbitrato o siano state oggetto di contenzioso giudiziale. In molti di questi casi si raggiunge un accordo, all'ultima ora, appena prima che l'udienza abbia luogo. Anche se non si è raggiunto un risultato tramite la "battaglia giudiziale", è chiaro che le parti hanno già sopportato abbastanza. Se l'intenzione è quella di risparmiare e se si vuole usufruire degli ulteriori benefici della mediazione, sarebbe saggio intraprendere una mediazione il più presto possibile.

Casi in cui non si dovrebbe far ricorso alla mediazione

- 5.9. Ci sono, però, alcuni risultati importanti che non si possono raggiungere con una mediazione. La mediazione, ad esempio, non può certo essere utilizzata per interrompere un periodo di prescrizione. Sarebbe inutile prepararsi per una mediazione senza prima assicurarsi che il periodo di prescrizione è già stato protetto. I mediatori non hanno nessun potere sulle parti (tranne la loro autorità limitata, come descritta precedentemente) e certamente non hanno nessun potere su parti terze (come ad esempio un istituto di credito). Infine, i mediatori non hanno il potere di imporre alle parti un "facere", come ad esempio ordini per il congelamento o preservamento di beni o identificazione e conservazione di prove, che possono essere utili per risolvere una controversia.
- 5.10. Logicamente, quindi, bisognerebbe prima valutare tutte le opzioni, prendere qualsiasi precauzione necessaria (e disponibile) e poi iniziare una mediazione (forse parallela ad un arbitrato, per ottenere documenti e altre prove).
- 5.11. In quali altre circostanze non si dovrebbe usare la mediazione? Ovviamente, visto che il processo della mediazione è, sostanzialmente, privato sarebbe inutile intraprendere una mediazione se l'obiettivo principale fosse quello di ottenere un precedente. Questo non è di solito preso in considerazione in una controversia che è soggetta ad un accordo arbitrale vincolante. In Inghilterra, il lodo arbitrale, se non viene appellato, è materia privata e non può, quindi, creare precedenti.
- 5.12. Vale la pena ripetere che non avrebbe senso intraprendere una mediazione se l'obiettivo principale fosse rendere la disputa pubblica. L'intero processo della mediazione è protetto dal principio della confidenzialità e qualsiasi decisione

finale, nella forma di un accordo scritto, non potrà mai essere divulgata. La maggior parte dei compromessi raggiunti, durante una mediazione, necessitano, appunto, di un accordo scritto tra le parti. Tali accordi sono soggetti ai principi di confidenzialità della mediazione stessa.

6. La mancata utilizzazione della mediazione

- 6.1. Un'indagine condotta dal CEDR è stata pubblicata su "*Lloyd's List*" (n.d.r. una pubblicazione inglese sul campo marittimo) in data 18 gennaio 2006. Questa indagine conclude che le ragioni per cui la mediazione non viene utilizzata sono le seguenti:
 - 6.1.1. Prima di tutto, proprio la mancanza di una conoscenza tecnica del - o forse di una familiarità con - processo stesso, a livello manageriale (accompagnato anche da una teoria, infondata, che la mediazione può essere vista come un segno di debolezza).
 - 6.1.2. Poi, il fatto che il processo della mediazione non viene preso in considerazione dai legali (!)
 - 6.1.3. Inoltre, solo il 7% delle aziende possiede una politica di risoluzione delle dispute.
 - 6.1.4. Ed infine, solamente il 2.45% dei settori industriali segue una politica comune di risoluzione delle dispute. Molti settori industriali non hanno delle clausole standard, e neanche un « *Mediation Agreement* » o delle procedure standard che le parti possano seguire con fiducia e sicurezza durante una mediazione.
- 6.2. La mancanza di tali procedure vuole dire che manca anche l'"impulso" necessario per intraprendere una mediazione in settori commerciali dove il ricorso all'arbitrato è già ampiamente diffuso. Le parti coinvolte in procedimenti giudiziari presso la High Court of Justice in Inghilterra quasi inevitabilmente intraprenderanno una mediazione nel caso in cui non dovessero riuscire a raggiungere un compromesso prima dell'udienza. Ciò non succede, invece, con l'arbitrato. L'inserimento di una clausola per la mediazione nei contratti standard cambierebbe radicalmente questo stato di cose.
- 6.3. Nel frattempo, l'indagine ha anche espresso preoccupazioni rispetto ai costi legali elevati del contenzioso giudiziale, ma lo stesso discorso vale anche per l'arbitrato.
- 6.4. La stessa indagine rende anche noto che, durante una controversia, i responsabili di un'azienda passano molto tempo ad occuparsi della disputa. Ciò crea inevitabilmente uno spreco di denaro e risorse.

7. L'efficacia della mediazione

- 7.1. Non c'è dubbio che la mediazione sia diventata un metodo efficace per risolvere controversie commerciali. Esistono numerosi centri che offrono servizi di mediazione in Inghilterra e nel Galles, ma pochi di loro registrano statistiche sul numero delle mediazioni svolte. In ogni modo, segnalazioni da *"solicitors"*, *"barristers"*, mediatori e centri che offrono servizi di mediazione, confermano, in grandi linee, che tra il 75 e l'80% dei casi nei quali le parti intraprendono una mediazione queste raggiungono un accordo, o durante la mediazione, o poco dopo la stessa.
- 7.2. Per certi aspetti, il processo della mediazione è sorprendentemente efficace. Ho visto i più inflessibili dei contendenti raggiungere un accordo, addirittura in alcune occasioni in cui si discuteva di dichiarazioni di frode o comportamenti gravemente illeciti, che sono le fattispecie di solito considerate come le più problematiche da risolvere.
- 7.3. Dunque, come mai il processo della mediazione è così efficace? Esistono quattro ragioni principali:

La Parte Terza Neutrale – il Mediatore

- 7.4. Il processo della mediazione nasce con la diplomazia internazionale. Ciò è evidente durante la mediazione stessa, quando il mediatore si sposta da una stanza all'altra, per discutere, in privato, con le parti per cercare di capire la causa della controversia. Il mediatore incoraggia le parti a considerare principalmente i loro veri interessi e le loro necessità, non i loro diritti e le loro pretese, e anche a focalizzarsi su cosa succederà se non riusciranno ad ottenere un accordo durante la mediazione. Spesso, è più semplice ottenere un buon riscontro a questo approccio se tali domande e considerazioni vengono espresse da un mediatore, come parte neutrale, e non dai propri legali o, peggio ancora, dai legali della controparte.

I Principali Responsabili

- 7.5. La mediazione non coinvolge solo i rappresentanti legali, ma anche i *"decision makers"* delle parti in causa. È essenziale, quindi, che persone che abbiano i *"pieni poteri"* necessari per sancire un accordo, per entrambe le parti, siano presenti il giorno della mediazione. In teoria *"pieni poteri"* significa avere il potere di negoziare qualsiasi compromesso tra 0 e 100%. In pratica, invece, avviene solitamente che coloro che attendono la mediazione non abbiano poteri illimitati ma solo il potere di raggiungere un accordo entro certi parametri. È perciò di cruciale importanza che i *"decision makers"* partecipino alla mediazione.

Tabella di Marcia, Stuttura e Dinamica

- 7.6. Durante la procedura della mediazione, è facile raggiungere un livello molto elevato di concentrazione, ed è anche normale avere delle sollecitazioni istintive, adrenalitiche, che spingono alla chiarezza e alla velocità di pensiero. Alcuni dicono che, se le parti possono trattare, tra di loro, per raggiungere un accordo, dovrebbero farlo subito, esplicitando dunque, che, per loro, la mediazione è solamente un processo di negoziazione ben organizzato e strutturato. Ciò è assolutamente vero, ma molte volte le parti non riescono ad entrare in trattative senza un aiuto esterno. Alcuni avvocati sono molto bravi a soppesare subito il rischio che una controversia sottoposta alla giurisdizione del Tribunale potrebbe far correre al loro cliente, e quindi cercano di addivenire ad un accordo extra-giudiziale. Il punto è che anche il cliente deve esserne convinto. Per raggiungere un accordo, tutte le parti in causa devono instaurare un dialogo leale e devono cercare di mettere da parte le questioni personali e possibili ritorsioni. Naturalmente, più sono le parti, e più è difficile raggiungere un accordo.
- 7.7. Le negoziazioni tra le parti possono durare un'eternità. Non esistono "tabelle di marcia" (tranne che ovviamente il cercare di raggiungere un accordo prima di una prossima udienza o di dovere rispettare un termine di scadenza per la "disclosure"). Ci possono essere sei parti da accontentare, ma l'accordo può saltare semplicemente se anche una sola delle parti non è soddisfatta del risultato sottoposto per l'approvazione. Quando si intraprende una mediazione, invece, le parti possono prepararsi in anticipo, con l'aiuto di un programma prestabilito, e tutte possono partecipare attivamente durante la procedura.

Obiettivi Comuni

- 7.8. È vero che certe parti intraprendono una mediazione senza avere la minima intenzione di raggiungere un accordo. La loro unica ragione per partecipare alla mediazione (a meno che non siano stati obbligati a farlo dal Giudice/arbitro) è cercare di scoprire il più possibile della controparte, sforzandosi, a loro volta, però, di non rilasciare troppe informazioni in merito alle proprie difese. Quando si analizzano le statistiche sugli accordi raggiunti durante una mediazione se ne deduce che tali casi costituiscano, però, solo la minoranza. La maggior parte dei casi vede le parti raggiungere un punto di arrivo nel quale l'unico fine che entrambe vogliono è proprio raggiungere un accordo, ed una mediazione "facilitativa" è l'ideale per ottenere una definizione delle controversie.

Accordi Inusuali

- 7.9. Ci sono altre ragioni per cui il processo della mediazione può essere molto efficace.
- 7.10. Attraverso una mediazione, si possono raggiungere accordi che vanno oltre le solite eque ripartizioni tra le parti e che, meglio di qualsiasi altro metodo, stabiliscono quale parte abbia ragione e quale invece abbia torto. Un classico racconto, che illustra la possibilità di ottenere questi accordi abbastanza inusuali, e' il seguente:

“Due apprendisti cuochi iniziarono a litigare perchè entrambi avevano bisogno della stessa arancia. Tale arancia era l'unica rimasta ed entrambi gli apprendisti volevano utilizzarla per il dolce che stavano preparando. Nessuno dei due, però, voleva rinunciare all'arancia. Il responsabile della cucina pensò a come risolvere il problema, prese un coltello e tagliò l'arancia in due, per darne metà ad ogni apprendista. Semplice.

Risultato: Nessuno degli apprendisti fu soddisfatto con solamente metà arancia. Il primo aveva bisogno della scorza dell'arancia; il secondo della polpa. Nessuno dei due poté preparare il proprio dolce ed entrambi tornarono a casa insoddisfatti.”

Il processo della mediazione avrebbe potuto risolvere questo problema. Il ricorso alla Corte probabilmente no.

- 7.11. Ovviamente esistono anche esempi dal carattere più commerciale. Ci potrebbe essere una disputa in materia di assicurazione: gli assicuratori sono obbligati a pagare? Se tale disputa fosse risolta d'innanzi ad un Giudice, o tramite arbitrato, si giungerebbe ad una sentenza basata sulla legge e i fatti oggetto di disputa. La polizza è vincolante? Possono gli assicuratori eccepirne l'invalidità? È questo un caso di inadempimento contrattuale? Sono i danni sostenuti dall'assicurato coperti dalla polizza? Se tale disputa fosse intrapresa in maniera contenziosa, in Tribunale, entrambe le parti correrebbero il rischio di perdere. Con una mediazione invece, si potrebbe raggiungere un accordo e forse anche discutere di possibili “business” futuri, di pagamenti del premio assicurativo a rate, di modifiche dei valori delle navi assicurate in una flotta; tutto ciò come parte di un “accordo globale”.

Alternativa alla “Giornata in Tribunale”

7.12. Il processo della mediazione è l’alternativa alla “giornata in Corte” (n.d.r. ciò che in Inghilterra si definisce “*day in Court*” ed è considerata come un’esperienza che la maggior parte delle persone coinvolte in una disputa vorrebbero vivere), ma senza i costi ed i rischi associati ad una causa in Corte. Le parti sono libere di dire esattamente quello che pensano della controparte, direttamente alla controparte in merito alle questioni dedotte. Ciò non capiterebbe mai in Corte o durante un arbitrato. Le parti hanno l’opportunità di dire ciò che pensano, senza il rischio ed i costi che comporterebbe un processo presso la Corte. Questo può procurare effetti catartici; crea uno sfogo generale su incomprensioni che avrebbero, altrimenti, potuto precludere le trattative.

Relazioni e Reputazioni

7.13. Il processo della mediazione riduce il rischio di danneggiare le relazioni tra le parti e anche le rispettive reputazioni. Invece di essere travolti dalle regole e dalla serietà del processo antagonistico, abbiamo visto che, durante una mediazione, le parti possono intraprendere discussioni costruttive tra di loro, cosa che sarebbe impossibile nel metodo tradizionale di risoluzione delle dispute. Con una mediazione le relazioni tra le parti potrebbero anche migliorare.

7.14. Per quanto riguarda la questione della reputazione, è facile immaginare una persona che prende un certo atteggiamento e che poi non cambia idea, alla luce di nuove prove che fanno indurre a ritenere che la scelta intrapresa non fosse quella più saggia. Il danno più grave alla reputazione viene, poi, quando una persona si vede costretta a testimoniare e poi scopre che la propria testimonianza è stata considerata inattendibile dal tribunale arbitrale.

8. Conclusioni

- 8.1. Spero che abbiate trovato queste osservazioni sulla mediazione utili.
- 8.2. La mediazione funziona e i casi si risolvono.
- 8.3. La mediazione richiede abilità. Essere a conoscenza del processo e prepararsi adeguatamente costituiscono elemento essenziale. Questo è un istituto che è destinato a diventare sempre più di uso comune.
- 8.4. Sia delle clausole standard che delle procedure specifiche per aziende e settori industriali potrebbero fare crescere l'utilizzo della mediazione.
- 8.5. L'istituto della mediazione non è certamente idoneo per tutti i casi, ma detiene, in sé, un enorme potenziale.

Il contenuto di questo articolo non è da utilizzare come sostituto ad un'opinione legale per casi specifici. Se volete discuterne il contenuto, o per ulteriori informazioni, Vi preghiamo di contattare:

Rhys Clift
+44 (0)20 7280 9199
Rhys.clift@hildickinson.com

Rhys Clift è socio dello studio legale Hill Dickinson LLP e co-fondatore di Maritime Solicitors Mediation Service (www.msmsg.com).



Allegato 1

Schema comparativo tra arbitrato e mediazione: la prospettiva del diritto inglese

	Arbitrato	Mediazione
1	Obbligatorio	Volontaria
2	Protegge il periodo di prescrizione	Non protegge il periodo di prescrizione
3	Potere di sancire ordini <ul style="list-style-type: none">• per le parti in causa• <u>non</u> per le parti terze* (*usare i poteri della Corte, se necessario)	Non esiste il potere di sancire ordini <ul style="list-style-type: none">• per le parti in causa• per le parti terze
4	Privato (ma fare attenzione con questioni di diritto straniero, appelli ed esecuzione)	Privata e confidenziale (ma fare attenzione con questioni di diritto straniero)
5	<i>"With prejudice"</i>	<i>"Without prejudice"</i> - (ma fare attenzione con questioni di diritto straniero)
6	Lento	Rapida
7	Dispendioso	"Economica"
8	Antagonistico	Collaborativa
9	Rischioso <ul style="list-style-type: none">• per i meriti di una causa• per le relazioni	Riduce il rischio <ul style="list-style-type: none">• di danneggiare i meriti di una causa• di danneggiare relazioni
10	I costi si possono recuperare (di solito se si vince la causa)	I costi vengono divisi egualmente tra le parti (50/50)
11	Non crea precedenti	Non crea precedenti
12	Si può appellare (su un punto di legge)	Non si può appellare
13	Un lodo arbitrale può essere convertito in sentenza (vedi New York Convention 1958)	Un accordo finale può essere subito implementato

NOTA: Questo schema va letto in parallelo con l'articolo a cui è allegato.

Il fenomeno della mediazione: prospettive giudiziali e obiettivi futuri

Rhys Clift MCI Arb, Socio, Hill Dickinson LLP, Londra*

Introduzione

Il “*Review of Civil Litigation Costs: Final Report*” (n.d.r. una critica sui costi del procedimento civile) è stata pubblicata da Sir Rupert Jackson in data 14 gennaio 2010 ed è a supporto di ciò che nel Regno Unito viene definito come “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR) (n.d.r. che in italiano si può tradurre come soluzioni alternative delle controversie), propugnando, soprattutto, l’istituto giuridico conosciuto come “mediazione”. Questo articolo, ispirato dalla recente pubblicazione del *Report*, si propone di trattare alcuni aspetti della mediazione, come la sua funzione, la sua collocazione nel processo civile, l’effetto che la Direttiva Europea sulla mediazione potrà riversare sulla soluzione delle controversie, il ruolo della mediazione nel campo marittimo ed, in particolare, come il ruolo della mediazione potrà evolvere nel tempo. L’autore non intende certo esaurire questo argomento in tutta la sua globalità ma si concentrerà su alcuni aspetti relativi alle opinioni espresse da membri del Consiglio Giudiziario, in favore di un utilizzo più ampio della mediazione, prima della pubblicazione del *Report*.

Nonostante il ricorso alla mediazione sia diventato un fenomeno globale, come si può constatare da una semplice ricerca su internet, questo articolo si concentrerà sulla situazione in Inghilterra e in Galles. La mediazione è un processo dinamico ed efficace. Il suo utilizzo e sviluppo vanno incoraggiati.

“Questo articolo è stato già pubblicato nel “*Journal of International Maritime Law*” (2009) 15 JIML 5008”

*Rhys Clift è *Solicitor e Commercial Mediator*. Ha tenuto numerose conferenze in materia di soluzione delle controversie e di assicurazione nel Regno Unito, in Scandinavia, in Europa, negli Stati Uniti d’America e anche in America Latina. Per ulteriori informazioni Vi preghiamo di visitare il sito www.hilldickinson.com. Il seminario di Rhys Clift sulla mediazione si può trovare sul sito web del *Chartered Insurance Institute*, www.cii.co.uk

Il *Final Report* si trova sul sito del Consiglio Giudiziario del Regno Unito: www.judiciary.gov.uk. Dopo la pubblicazione di tale *Report*, i *Senior Judiciary* (ossia i membri più senior del Consiglio) hanno considerato una replica. Il Consiglio ha approvato le raccomandazioni del *Report* ed è stato creato un gruppo apposito per dirigere la sua implementazione.

Controversie - come raggiungere un accordo

Le controversie legali venivano storicamente risolte con una vera e propria “battaglia” giudiziale; una parte vinceva, la controparte perdeva. Il processo contenzioso giudiziale e gli arbitrati facilitano le parti nella risoluzione della loro disputa in un modo pacifico e concreto, attraverso un conglomerato di regole. Alla fine, comunque, ci sarà sempre un vincitore ed uno sconfitto.

La maggior parte dei casi si risolvono, solitamente, tramite accordi amichevoli e solo in una piccola percentuale è veramente impossibile raggiungere un accordo. Tuttavia, ciò può succedere, occasionalmente in casi nei quali è necessario creare un precedente, o quando si rendesse utile una forma di pubblicità. Entrambi i casi sono relativamente rari.

Nel marzo 2008, Lord Phillips, ora presidente della *Supreme Court* (n.d.r. ossia l'equivalente della Corte di Cassazione in Italia) disse:

...è una pazzia sostenere le spese di un processo giudiziale [...] senza cercare con determinazione di raggiungere un accordo amichevole. L'idea che esista solo un giusto risultato per ogni controversia, che solo un Tribunale può deliberare è, a mio avviso, illusoria...²

Più recentemente, nel giugno 2009, Lord Clarke osservò:

Una verità che il nostro sistema giudiziale riconosce da tempo è la seguente: la maggior parte delle controversie si risolvono amichevolmente prima dell'udienza in Tribunale - i dati attuali dimostrano che nel 98% dei casi viene raggiunto un accordo amichevole, riflettendo ciò che sostenevano i Common Law Commissioners nel 1920, ossia che solo un pazzo non vorrebbe raggiungere un accordo.³

Cercherò di rappresentare alcune delle ragioni principali che dovrebbero indurre a preferire una mediazione a breve. È chiaro comunque che le nuove procedure che incentivano il raggiungimento di un accordo vanno accolte con favore poiché, anche se è bene premettere che ogni caso è diverso dall'altro e andrebbe analizzato singolarmente, tali procedure solitamente permettono di raggiungere un accordo ancora prima di avere affrontato le spese del processo contenzioso. I costi per “disclosure” (n.d.a. ossia la produzione obbligatoria dei documenti tra le parti), per le prove testimoniali e per le eventuali consulenze tecniche, e soprattutto i costi per un'udienza, possono appunto essere evitati tramite l'uso di queste nuove procedure.

²Lord Phillips of Worth Matravers, all'epoca Lord Chief Justice of England and Wales: 'Alternative Dispute Resolution, An English Viewpoint', India 29 marzo 2008.

³Lord Clarke of Stone-Cum-Ebony, Master of the Rolls: 'Mediation - An Integral Part of our Litigation Culture', Littleton Chambers Annual Mediation Evening, Gray's Inn, 8 giugno 2009.

Raggiungere un rapido accordo nelle controversie più “*di routine*” (ad eccezione dei casi più complessi, come quelli che contengono aspetti di frode) è poi ancora più auspicabile da quando esiste la nuova regola di “*Electronic disclosure*” (n.d.r. ossia la produzione obbligatoria dei documenti digitali tra le parti) la quale crea ulteriori costi, ritardi e difficoltà tecniche.

Una gestione efficace di un procedimento giudiziale, o di un arbitrato, necessita di una notevole abilità. Può essere necessario ripassare alcune delle principali fasi della procedura giudiziale, come ad esempio *disclosure* ed individuare (per poi scambiare con la controparte) prove testimoniali e consulenze tecniche che mettano in luce gli aspetti maggiormente vantaggiosi di ogni singolo argomento in modo da poter poi intraprendere le trattative per raggiungere un accordo, sia nella maniera usuale, sia con l'aiuto della mediazione. Rimane comunque importante per la maggior parte dei casi, focalizzarsi su un accordo che sia basato su “termini vantaggiosi” (qualunque essi siano).

Il principio della mediazione

La mediazione è un metodo per raggiungere accordi amichevoli in controversie di materia commerciale, spesso in modo più rapido e meno dispendioso di un procedimento giudiziale, di un arbitrato e anche di una normale negoziazione. La mediazione ha una lunga tradizione in materia di diritto di famiglia e di diritto del lavoro ed ha rivestito un ruolo rilevante anche nel campo della diplomazia internazionale, particolarmente in Asia.

Esistono due tipi di mediazione: “facilitativa” e “valutativa”. Nella mediazione valutativa (meno utilizzata) il mediatore può esprimere ai partecipanti la sua opinione rispetto ai punti di rispettiva forza e debolezza nel caso sottoposto dalle parti , e può anche proporre i termini per una giusta risoluzione della disputa.

Ciò non accade, per contro, quasi mai nella mediazione facilitativa (anche se il *Mediation Agreement* (n.d.r. ossia l'accordo tra le parti che stipula le “regole” di una mediazione, e che viene firmato dalle parti e dal mediatore, come se fosse un vero e proprio contratto) normalmente contiene una clausola che specifica la libertà del mediatore ad esprimere tale parere, se autorizzato dalle parti in causa.

Nella mediazione facilitativa, una terza parte neutrale, il mediatore, assiste le parti per la definizione amichevole della loro controversia. È un processo volontario, dove le parti raggiungono un accordo seguendo le loro volontà, basandosi su determinate procedure e tempistiche precise, principi che non sono presenti durante una semplice negoziazione tra le parti. I mediatori non emettono sentenze. Controllano il processo, non il risultato. La mediazione facilitativa è il tipo di mediazione più utilizzata per la risoluzione di controversie in materia commerciale in Inghilterra e nel Galles.

La mediazione fa parte della “famiglia” di ADR, il quale include anche la “*adjudication*” (n.d.a. ossia un giudizio definitivo richiesto ad una parte neutrale, di solito un perito, usato di frequente nel settore delle costruzioni) e la “*early neutral valuation*” (n.d.a. ossia una opinione data da una parte neutrale in materia). La mediazione è probabilmente la forma più diffusa di ADR. Il mediatore è il catalizzatore del processo. Ciò che distingue tale procedimento da altri similari usati per raggiungere un accordo amichevole tra le parti è appunto la presenza ed il ruolo del mediatore indipendente.

Circa 20 anni fa, quando la mediazione comparve nel Regno Unito, fu accolta da un grande scetticismo che perdurò per una decina d’anni. Alcuni credevano erroneamente che fosse solo un metodo per suddividere equamente la responsabilità tra le parti. Al contrario, durante una mediazione le parti affrontano apertamente temi complicati e delicati con grande efficacia in tema di frode e disonestà, dove un semplice compromesso o una suddivisione al 50% delle rispettive responsabilità non sarebbero accettate. Una mediazione può essere efficace anche per mantenere intatte le relazioni commerciali tra le parti e la reputazione delle persone implicate (il che non è secondario, ad esempio, nel campo marittimo). La mediazione risulta inoltre particolarmente efficace per risolvere controversie dove sono presenti più parti, che, proprio a ragione di ciò, possono essere difficili da risolvere per il tramite di semplici negoziazioni e nelle quali le trattative necessarie per raggiungere un accordo possono essere ostacolate anche dall’opposizione di una sola parte. Infine, bisogna notare che il principio della mediazione funziona e le controversie vengono, in larga misura, risolte amichevolmente. Infatti la percentuale delle dispute che sfociano in un accordo è pari al 75-80 per cento, sia durante la mediazione che poco dopo la stessa.

La posizione della mediazione nella giustizia inglese e gallesse

Il processo giudiziale e gli arbitrati in Inghilterra e nel Galles sono per molti versi eccellenti, sofisticati ed apprezzati per l’onestà delle decisioni che vengono prese, per la loro completezza ed il loro rigore intellettuale. Si potrebbe affermare che il processo giudiziale è insostituibile. Nel giugno 2009 Lord Clarke riassunse il punto di vista di molti rinomati giuristi dicendo:

Un sistema giudiziario efficiente ed accessibile a tutta la società è un elemento assolutamente essenziale in ogni sistema democratico trasparente e rispettoso delle norme di diritto.⁴

Nessuno può dubitare di questo assioma. Tuttavia, pur tenendo in considerazione tali affermazioni di principio, il procedimento giudiziale ha i suoi difetti che, in molti casi, possono però essere temperati con l’uso della mediazione. Molti degli aspetti negativi del contenzioso giudiziale ed arbitrale si riscontrano non solo in Inghilterra e nel Galles ma anche in altri sistemi giudiziari stranieri.

⁴Lord Clarke *ibid.*

Gli aspetti negativi dei processi giudiziari e degli arbitrati possono essere la lentezza, il costo, la loro concorrenzialità e soprattutto il rischio che comportano. Lenti nel pervenire ad un risultato finale (sentenza o lodo); dispendiosi in termini di tempo ed energie investiti (dagli avvocati, periti, testimoni e clienti), concorrenziali per la loro natura e rischiosi poiché non vi è nessuna garanzia di ottenere il risultato desiderato. Ovviamente la legge non è una scienza esatta. Nonostante una approfondita e diligente preparazione della vertenza, possono, comunque, sopravvivere spiacevoli sorprese (documenti pregiudizievoli, testimoni difficili, periti incompetenti, sentenze inaspettate). Questi sono alcuni dei fattori che, da sempre, suggeriscono alle parti di trovare un accordo extragiudiziale e sono la base delle opinioni espresse da Lord Clarke e Lord Phillips, attraverso la loro vasta esperienza maturata in questo campo, prima come avvocati e poi come giudici.

Il processo giudiziale (e l'arbitrato) è espressione del passato mentre la mediazione è rivolta al futuro.

L'enorme potenziale della mediazione è stato riconosciuto da tempo ai più alti livelli del sistema giudiziario inglese. Nel 1998/9 Lord Woolf fu un pioniere nel tentare di propugnare questa disciplina, e le sue idee sono ora ampiamente condivise. Lord Phillips spiegò la sua posizione nel marzo 2008:

"Vorrei terminare affermando pubblicamente che mi associo a Sir Anthony Coleman e Sir Gavin Lightman come un entusiasta sostenitore dell'ADR"⁵

Nel maggio 2008 Lord Clarke (Sir Anthony Clarke, a quel tempo) fu ugualmente chiaro:

"...ADR in generale e la mediazione in particolare, nei casi in cui è il meccanismo di ADR più appropriato, deve diventare una parte fondamentale del nostro sistema giudiziario, in modo che, quando si considera come procedere, essa formi una parte intrinseca e istintiva del nostro lessico e del processo di analisi come, per esempio, l'ottenere una perizia..."

Lord Clarke va oltre, affermando che la mediazione deve diventare:

"... parte della nostra cultura in modo da diventare ovvia per tutti noi..."⁶

⁵Lord Phillips (n 2).

⁶Sir Anthony Clarke, Master of the Rolls, durante la conferenza "Second Civil Mediation Council National Conference" sul futuro della mediazione civile ("The Future of Civil Mediation") a Birmingham in data 8 maggio 2008.

Ma la mediazione si è forse già totalmente integrata nel sistema processuale civile? Nel giugno 2009 Lord Clarke riassunse così la situazione:

...la mediazione e l'ADR fanno parte del sistema processuale civile. Perciò, dal mio punto di vista, anche la mediazione è una parte fondamentale del processo arbitrale e non semplicemente un ausilio...la mediazione è complementare alla giustizia formale.”⁷

A questo riguardo, alcuni lamentano che la mediazione stia usurpando la funzione propria del sistema giudiziario civile. Niente potrebbe essere più lontano dalla verità. I tribunali esistono per esercitare la funzione giudiziaria e questa resterà immutabile nel tempo. Per coloro che sono coinvolti, loro malgrado, in una controversia, a qualunque titolo, l'accesso al sistema giudiziario civile sarà sempre consentito senza discussione (anche se questo comporterà dei costi).

In argomento il punto di vista di Lord Clarke:

“Secondo il mio parere (come dicono nella “Court of Appeal” ossia il Tribunale d'Appello dove Lord Clarke era giudice) non credo che l'uso adeguato dell'ADR o della mediazione possa cancellare il ruolo dei tribunali o mettere in pericolo il sistema di giustizia civile. Al contrario, l'esistenza dei giudici e dei tribunali rimane per determinare i diritti e gli obblighi delle parti in quei pochi casi in cui un accordo amichevole non è possibile.”⁸

Alcuni preferiscono suggerire il ricorso alla mediazione addirittura prima che l'azione legale sia iniziata; Lord Phillips è tra quelli. Alcuni vorrebbero addirittura rendere la mediazione un passaggio obbligatorio (si intende la partecipazione alla mediazione, non il raggiungimento di un accordo). Il diffondersi della mediazione obbligatoria è richiesto dalla Direttiva Europea sulla Mediazione (vedi qui di seguito). Ma per molti motivi, la mediazione obbligatoria prima dell'inizio dell'azione legale è ancora relativamente rara (almeno al momento). I motivi principali sono (in particolare nelle controversie marittime), il desiderio di assicurare una giurisdizione ritenuta più vantaggiosa, preservare periodi di prescrizione, preservare prove o ottenere misure a garanzia del credito tramite ordini sanciti dal Tribunale.

Di conseguenza, la mediazione è generalmente usata dopo l'inizio di un'azione legale, in tandem con essa. È il guanto di velluto che copre il pugno di ferro del contenzioso giudiziale (o dell'arbitrato), antico retaggio della diplomazia internazionale.

⁷Lord Clarke (n 3).

⁸Ibid. Lord Clarke è stato nominato come giudice della corte suprema con effetto dal 1 ottobre 2009, il primo giudice ad essere stato nominato direttamente alla corte suprema.

Equivoci e mancanza di informazione sono le cause della lenta diffusione della mediazione

Malgrado il notevole aumento del suo utilizzo in Inghilterra e nel Galles negli ultimi anni, la mediazione non si è diffusa così rapidamente come avrebbe dovuto. Se l'uso della mediazione è così efficace, la questione è: perché non utilizzarla, visti i suoi vantaggi. Forse perché, tuttora, quasi dieci anni dopo la riforma della procedura processuale civile del 1999 (le riforme Woolf), che ha assegnato un ruolo importante alla mediazione, molti equivoci rimangono irrisolti. Molte delle idee di base e dei concetti chiave della mediazione sono ben conosciuti e compresi - è volontaria, senza pregiudizio, privata e confidenziale, il mediatore è imparziale, ecc. - ma nonostante questo, è costantemente necessario spiegare cosa sia la mediazione e come funzioni. Nel maggio 2008 Sir Anthony Clarke si lamentò dicendo:

*"l'esperienza ... ci insegna che tuttora troppa gente capisce troppo poco lo schema usato dalla mediazione. Penso che siamo tutti d'accordo sul fatto che questo deve cambiare..."*⁹

E questo punto di vista è stato ripreso recentemente nel Report di Sir Rupert Jackson sul costo dei processi giudiziari civili. Lo scopo del suo *Report* è di implementare un pacchetto di riforme coerenti, pensare a ridurre i costi dei processi giudiziari e di facilitare l'accesso alla giustizia. Sir Rupert osserva:

*"L'alternative dispute resolution (ADR) (e in particolare la mediazione) ha un ruolo fondamentale nel ridurre i costi dei processi giudiziari civili e nell'incoraggiare una soluzione stragiudiziale anticipata. L'ADR è però poco usata e i suoi benefici non sono conosciuti come dovrebbero essere."*¹⁰

E poi consiglia:

"Ci dovrebbe essere una campagna seria per assicurare che tutti gli avvocati e giudici siano adeguatamente informati su come l'ADR funziona e sui suoi benefici."

*"...dovrebbe essere pubblicata una guida autorevole che spieghi quali sono e come funzionano i processi di ADR e che contenga anche una lista di centri che offrono servizi di ADR. Questa guida dovrebbe essere usata per la formazione professionale di avvocati e giudici."*¹¹

⁹Sir Anthony Clarke (n 6).

¹⁰Nota 1.

¹¹ibid.

Mi soffermerò su quest'ultimo punto in un secondo momento e mi soffermo ora sul primo punto con particolare riferimento alle dispute nel settore marittimo.

Innanzitutto, è strano che equivoci e malintesi sussistano. Nell'arco di vari anni si è potuto assistere ad una vera esplosione a favore della mediazione e ad una sostanziale crescita nel numero di mediatori. E non mi riferisco solamente al Regno Unito (dove comunque grandi progressi sono stati compiuti) ma a livello internazionale, sia nei paesi di "common law" che nei paesi di diritto civile (dove i costi del contenzioso giudiziario sembrano essere un fattore meno importante nel raggiungere una soluzione extragiudiziale). Questo diventa chiaro anche da una semplice ricerca su internet. Una vasta letteratura in numerose lingue è disponibile.

La letteratura disponibile non è però il miglior viatico per propugnare questa nuova "arte". È più facile spiegarla in un seminario o in una presentazione. Guide autorevoli assumono comunque la loro importanza. A questo riguardo, l'*Insurance Institute of London, ILL* (n.d.r. l'Istituto delle Assicurazioni di Londra) sta facendo la sua parte. Con il suo programma di gruppi di studio e ricerca, l'ILL sta elaborando un manuale sulla mediazione per il settore delle assicurazioni e riassicurazioni (che includerà anche il settore marittimo) sotto la presidenza di Paul Moss di Montpellier Re. Questo libro sarà pubblicato verso la fine del 2010 e, forse, si avvicinerà a quella guida che Sir Rupert aveva in mente (anche se centrata su uno specifico settore avrà un contenuto a carattere generale).

Lo spirito conservatore della professione forense e il cambio di paradigma

È possibile che l'uso generalizzato del procedimento della mediazione sia stato frenato dallo spirito intrinsecamente conservatore della professione forense? Forse... fino a poco fa il concetto di mediazione significava poco per gli avvocati inglesi. Alcuni, addirittura, la vedevano con scetticismo e per alcuni questo è ancora il caso (anche se sempre meno). Fino a pochi anni fa gli avvocati in Inghilterra non venivano formati sulla negoziazione o la risoluzione di controversie nelle facoltà di giurisprudenza e questo ha influenzato il loro modo di pensare e lavorare. L'enfasi era sulla gestione di un procedimento giudiziario, sulla conoscenza delle norme per la conduzione di arbitrati e sulla familiarizzazione con la procedura processuale. L'obiettivo principale era quello di identificare i problemi e di individuare le prove utili tra i documenti di cui si dispone, nel caso, tra le diverse testimonianze possibili o con l'ausilio delle perizie in modo da poter presentare gli elementi di prova in modo adeguato e al momento giusto al giudice o al tribunale arbitrale. Probabilmente minor importanza veniva attribuita alla faticosa ricerca per addivenire ad una soluzione. Questo, forse, è dovuto alla ben nota riseratezza inglese, o deferenza, al rispetto sacrale delle regole e delle precedenze di ognuno e la poca propensione ad avviare un dialogo tra le parti.

Sicuramente, però, le cose sono cambiate. Studi legali hanno subito un cambiamento culturale nel loro approccio. Quasi tutti hanno ora un settore di *"Dispute Resolution"* (n.d.r. ossia di risoluzione delle dispute) piuttosto che di contenzioso. E la mediazione è stata un fattore trainante in questo processo.

Non è quindi una questione di mancata familiarità da parte degli avvocati e delle autorità giudiziarie, quanto piuttosto la mancata conoscenza o, quantomeno, confidenza con la mediazione da parte della società civile in generale ed a seguire da parte dei professionisti, che sono i veri protagonisti nella scelta delle procedure idonee per la singola vertenza. Tale realtà rappresenta, tuttavia una sorpresa; molti componenti del mondo giudiziario, avvocati e mediatori hanno investito molto del loro tempo e dedicato molti sforzi per diversi anni per pubblicizzare la mediazione. Forse il profondo cambiamento culturale e sociale necessario per la diffusione della mediazione richiede più tempo.

Idee nuove richiedono sempre molto tempo prima di essere accettate da una comunità e la loro diffusione segue un percorso prevedibile: inizialmente sono ignorate, se persistono vengono viste con sospetto o derisione e infine, improvvisamente, fanno parte del pensiero dominante. Si possono fare dei paragoni con il mondo dell'arte (il Periodo Blu di Picasso), della scienza (eliocentricità, placche tettoniche) e della giustizia sociale (suffragio universale).

Alcuni considerano il fenomeno della mediazione come un cambiamento epocale, paragonabile alla riforma delle istituzioni giudiziarie inglesi alla fine del XIX secolo. Forse, è semplicemente una illustrazione del tempo richiesto per riconoscere e accettare un cambio di paradigma.

Presumibilmente, per coloro che non hanno mai partecipato ad una mediazione i suoi meccanismi sono rimasti e rimarranno pervasi da un mistero - dopo tutto, come può, per costoro, essere comprensibile un processo volontario, non-vincolante, che non produce una sentenza, come idoneo a risolvere dispute di lunga data, complicate e spesso aspre e solo con la attiva partecipazione ad un processo di mediazione si addiuvano, il più delle volte, ad una vera e propria rivelazione.

L'impatto della nuova direttiva Europea sulla mediazione

La Direttiva Europea sulla Mediazione è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 24 maggio 2008 ed è entrata in vigore in data 11 luglio 2008¹². L'approvazione da parte dell'Unione Europea di tale direttiva, compresa la pubblicazione da parte della Commissione di un "Green Paper" nel 2002¹³, il Codice di Condotta per Mediatori nel 2004¹⁴ e la bozza della Direttiva Europea sulla Mediazione nell'ottobre 2004¹⁵ sancisce l'importanza del principio della mediazione.

L'uso dell'ADR è stato raccomandato direttamente o indirettamente da varie istituzioni e iniziative dell'Unione Europea, come per esempio quelle in relazione all'assistenza legale, relazioni di famiglia, controversie di consumatori nel commercio elettronico, la cosiddetta telefonia "open network provision" e la Direttiva Quadro per le comunicazioni elettroniche. Questo significa che l'idea della mediazione e dell'ADR è stata percepita perfettamente dall'organizzazione dell'Unione Europea e che nonostante la maggioranza degli stati membri dell'Unione Europea si dimostra scettica, essendo di tradizione civile, la mediazione è egualmente incoraggiata all'interno dell'Unione Europea.

La Direttiva concerne solamente controversie transfrontaliere e cioè controversie in cui le parti sono domiciliate o residenti in Stati Membri diversi. Niente però impedisce agli Stati Membri di estendere, tramite l'implementazione della legislazione nazionale, la sua applicazione a controversie domestiche.

All'interno dell'unione Europea esiste un'ampia varietà nella prassi della mediazione. Quasi certamente la Direttiva darà un nuovo contributo ed una spinta al diffondersi dell'uso della mediazione all'interno dell'Unione Europea, incluso il Regno Unito, e probabilmente anche al di là dei confini dell'Unione Europea considerate le profonde e molteplici relazioni tra l'Unione Europea e altri stati.

¹²Direttiva 2008/52/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale OJ L136/3 24.5.2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:IT:PDF>

¹³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:ENG:PDF>

¹⁴ http://ec.europa.eu/viviljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF>

La posizione della mediazione nel mondo marittimo

Dall'implementazione del nuovo codice di procedura civile in Inghilterra, nel 1999, la mediazione sta progressivamente affermandosi da protagonista nell'ambito del contenzioso civile. La pressione che i tribunali possono praticare sulle parti tramite la loro attiva regia nella gestione dei casi ha fatto in modo che, anche se lentamente, l'uso della mediazione sia diventato più frequente. Infatti, molti avvocati concordano che vi è ora una forte possibilità, o addirittura probabilità, che tutte le controversie vengano sottoposte alla mediazione se non risolte prima dell'udienza. Generalmente, un tribunale sollecita le parti affinché facciano ricorso alla mediazione, in occasione delle udienze preliminari.

Nei processi arbitrali però, non è possibile esercitare questo tipo di pressione e molte delle tipiche controversie in campo marittimo sono soggette ad accordi arbitrali vincolanti (per esempio dispute che concernono una "*charterparty*" (n.d.a. contratti di noleggio) o "*bill of lading*" (n.d.a. polizza di carico)). Nonostante i tribunali arbitrali spesso non incoraggino, o non possano costringere, le parti a sottoporre una controversia alla mediazione, la mediazione sta diventando più frequente nel risolvere controversie che sarebbero altrimenti sottoposte alla valutazione di un tribunale arbitrale. Questo è certamente in risposta alle aspettative dei clienti. Sempre più spesso questi ultimi, in particolare le compagnie di assicurazioni, hanno osservato che la mediazione può fare risparmiare tempo e può portare alla risoluzione rapida di controversie. Sono ormai a conoscenza che la mediazione funziona e sempre più spesso richiedono che essa venga usata assieme a procedimenti arbitrali. L'inclusione di clausole di mediazione in contratti standard (che contengono anche clausole compromissorie) sarà essenziale per accelerare l'espansione della mediazione.

In questo, il *Maritime Solicitors Mediation Service* (MSMS)¹⁶ ha giocato un ruolo importante. L'MSMS fu fondato nel 2003 e formalmente lanciò un sito internet nel gennaio 2004. Nel 2009, l'MSMS fu registrato con la Commissione Europea come un servizio di mediazione i cui mediatori osservano il Codice di Condotta per Mediatori del 2004. Per molti versi, l'MSMS è un'organizzazione insolita. Prima di tutto è un'associazione di 19 studi legali inglesi che si sono uniti in modo collegiale e con l'obiettivo di cooperare. Infatti, la cooperazione è profonda e poco dopo la fondazione dell'MSMS gli studi legali membri hanno condotto, durante l'arco di un anno, un programma di mediazioni simulate (nel Regno Unito ed in altri paesi) per offrire una dimostrazione pratica del processo di mediazione, di come funziona e di quanto può essere efficace.

¹⁶Vedi www.msmsg.com.

Secondo, l'MSMS è insolito anche per il fatto che è specifico al settore marittimo e soprattutto per il settore delle assicurazioni marittime. Vi sono numerose organizzazioni che offrono un servizio di ADR generico, come per esempio il *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR). Questo gruppo ora include il *Chartered Institute of Arbitrators* (che ha recentemente appoggiato la mediazione), la *Academy of Experts* e l'*Ombudsman Service*. Un lungo e dettagliato rapporto del *European Civil Justice System Research Programme* condotto al *Centre for Social-Legal Studies* dell'università di Oxford ("*Civil Justice in England and Wales: Beyond the Courts*"¹⁷) ha però confermato che i servizi di mediazione specifici per un particolare settore sono ancora pochi. Il rapporto ne identifica solo alcuni tra cui, oltre l'MSMS, il *Pension Advisory Service* e l'ACAS (vertenze tra lavoratori e datori di lavoro).

Lo sviluppo della mediazione

La situazione attuale

La mediazione (nel Regno Unito) è attualmente un processo informale e deve rimanere tale. Generalmente, le parti concordano sulla scelta di un mediatore sulla base di una raccomandazione o, sempre più spesso, scegliendo da una lista di mediatori accreditati. Circa dieci anni fa, si considerava che qualsiasi mediatore qualificato potesse mediare qualsiasi controversia e questo, fino a un certo punto, è così. Sulla base dell'esperienza, il mercato, e particolarmente il mercato delle assicurazioni marittime, è maturato. Molti in questo mercato ora sostengono che sia importante, per alcuni è addirittura vitale, che il mediatore abbia delle competenze specifiche sull'argomento della controversia. La fondazione e la crescita dell'MSMS è un chiaro segnale di questa tendenza.

Al momento, il procedimento non è complesso o rigidamente regolamentato. Generalmente, tutto quello che le parti devono fare è preparare un riassunto della propria posizione (alcuni in Inghilterra lo definiscono come "*position statement*") e compilare una raccolta dei documenti chiave. Questo riassunto non dovrebbe essere troppo lungo e non dovrebbe dunque richiedere più di un paio d'ore di lettura da parte del mediatore; da 10 a 20 pagine sono generalmente sufficienti. Questi riassunti devono mettere in rilievo i punti chiave di ciascuna delle parti. È importante che siano scritti in linguaggio comune e, quindi, senza le espressioni giuridico formali e tecniche che vengono usate nei documenti legali di processi giudiziari (e a volte anche in arbitrati). Devono presentare gli argomenti in modo logico e non costituire un semplice riassunto in linguaggio giuridico. L'approccio ideale è precisione, chiarezza e brevità. Uno degli scopi principali del riassunto è, appunto, cercare di spiegare con chiarezza in che cosa consiste la disputa e aiutare il mediatore a comprenderla ma, soprattutto, aiutare la controparte a comprendere le ragioni che vengono opposte alle sue tesi.

¹⁷www.csls.ox.ac.uk/documents/themelist.docx.

Questi riassunti esemplificano cosa si intenda per mediazione. Distillano in maniera succinta e facilmente comprensibile i punti essenziali della disputa e i punti che maggiormente interessano alle parti, individualmente o nel contesto delle loro relazioni (spesso al di là dei punti prettamente giuridici), in un processo in cui le parti stesse sono costantemente più orientate a concentrarsi più sui propri interessi e sulle proprie necessità, che non sui propri diritti. Infatti, la elaborazione di un riassunto è una parte cruciale della preparazione alla mediazione. Dovrebbe indurre le parti (gli avvocati e i clienti) a soppesare con attenzione soprattutto le eventuali buone ragioni dell'avversario.

I documenti per una mediazione dovrebbero includere solo quelli essenziali e, se necessario, grafici, diagrammi o fotografie. La valanga di documenti tipicamente presentati nei processi contenziosi o in arbitrati (durante la fase di divulgazione dei documenti) è controproducente e spesso questi documenti non vengono poi neanche letti e/o presi in considerazione.

Generalmente, una raccolta comune di documenti viene preparata e verrà usata sia dalle parti che dal mediatore; per questo motivo ciascuna delle parti avrà una copia di tali documenti. Può comunque succedere che le parti forniscano dei documenti aggiuntivi (e delle informazioni) al mediatore, a condizione che rimangano confidenziali. Questo può aiutare il mediatore a capire le cause della disputa e a proporre una soluzione. Ovviamente, i mediatori non riveleranno l'esistenza o il contenuto di questi documenti confidenziali senza previa autorizzazione dell'interessato.

L'intero processo di mediazione è regolamentato da un semplice contratto di mediazione che governa gli aspetti principali del processo e che include il principio di confidenzialità e certe garanzie per il mediatore.

Non è il caso di descrivere in dettaglio in questo articolo come si svolge una mediazione. Basti dire che ogni mediazione è diversa ma che, in termini generali, si divide in tre fasi: ispezione dei documenti, negoziazione ed, infine, la fase conclusiva che spesso termina con il raggiungimento di un accordo. L'intero processo è informale. Le rigide regole riguardanti le prove e la terminologia legale non sono appropriati per la mediazione. In un certo senso, la mediazione fornisce alle parti una "scadenza artificiale", simile all' avvicinarsi dell' udienza finale. C'è spesso una scarica adrenalinica che comporta chiarezza e velocità di pensiero.

Non tutte le dispute terminano con un accordo nello stesso giorno. Spesso le parti continuano a discutere, con l'assistenza del mediatore, e riescono a raggiungere un accordo dopo alcuni giorni, settimane o addirittura mesi.

Non esiste un'organizzazione che compili statistiche sulla mediazione in Inghilterra e nel Galles (anche se il *Civil Mediation Council* sta incoraggiando i servizi di mediazione a pubblicare statistiche confidenziali sugli accordi extragiudiziali raggiunti). Informazioni raccolte dai mediatori commerciali più attivi e prominenti suggeriscono che la proporzione di dispute che raggiungeva un accordo il giorno della mediazione si aggirava originariamente sul 60/40 o persino il 50/50. Progressivamente, questa proporzione si è mossa verso il 40/60 forse perché le parti (o gli avvocati?) si sono abituati al processo. In altre parole, circa il 60% dei casi ora raggiunge un accordo il giorno stesso della mediazione, anche se la percentuale generale di mediazioni che si concludono con un accordo è rimasta costante, attorno al 75 - 80%.

Il futuro

Alcuni temono che il processo di mediazione diventerà sempre più strutturato e regolamentato, con il rischio che diventi progressivamente meno efficace. Questo è un tema importante. L'Onorevole Lord Judge ha evidenziato questo problema al termine del suo discorso durante la conferenza sulla mediazione civile (*Civil Mediation Conference*) il 14 maggio 2009 in questi termini:

"Possiamo semplicemente adottare un'ottica a lungo termine? Periodicamente, ogni dieci anni circa, vi è una grande polemica sui costi dei processi giudiziari. Gli arbitrati, dopo tutto, sono un sistema per evitare i tribunali. Ricordate quando i tribunali del lavoro furono introdotti? Questi dovevano permettere alle parti di tenere incontri informali in cui presentare il proprio caso a un tribunale. Considerate solo quanto sono diventati complicati e costosi questi processi.

Esorto il Council a riconoscere questo pericolo, il processo di mediazione potrebbe - a meno che questo pericolo non sia riconosciuto e combattuto, e particolarmente se è parte di un processo giudiziale in un tribunale - al di là delle intenzioni, diventare sempre più formale e procedurale. Non deve diventare semplicemente un ulteriore aspetto di quel processo così costoso che tutti noi stiamo cercando di esorcizzare."¹⁸

Sono d'accordo con queste parole anche se non è solo una questione di costi. Generalmente, lo sviluppo di quello che viene descritto come avvocatura della mediazione e la creazione di un programma standard, requisiti procedurali e il rischio che la mediazione sia legata (unicamente) alle questioni di un processo dovrebbero essere visti con scetticismo. Non dobbiamo permettere che l'immagine dinamica e propulsiva della mediazione venga trasformata in una analoga forma di processo contenzioso o arbitrato dove cambia solo la denominazione.

¹⁸L'Onorevole Lord Judge, conferenza del "Civil Mediation Council" il 14 maggio 2009.

Il destino dell'arbitrato ci dovrebbe servire come ammonimento. Un ottimo articolo su questo argomento è *"Arbitration: the new litigation"*¹⁹ (n.d.r. "Arbitrato - il nuovo contenzioso giudiziale") scritto dal Professor Thomas Stipanowich, già direttore dell'*International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)*²⁰ (n.d.r. Istituto Internazionale per la Prevenzione e Risoluzione dei Conflitti). Anche se descrive l'esperienza degli Stati Uniti, le sue osservazioni dovrebbero essere prese in considerazione anche qui. Per esempio:

"All'inizio del ventesimo secolo...l'arbitrato era spesso raccomandato come più efficiente, meno costoso e come un modo per risolvere definitivamente le dispute; si scambiavano pochi documenti... All'inizio del ventunesimo secolo era normale parlare dell'arbitrato negli Stati Uniti in termini simili a quelli del contenzioso civile - "giudizializzato", formale, costoso e lento. Questi attributi ... hanno reso l'arbitrato sempre più simile al contenzioso giudiziale e le procedure arbitrali sono diventate sempre più simili alle procedure del contenzioso giudiziale, che avrebbero invece dovuto essere sostituite. Non sorprende che i clienti si lamentano spesso sui costi e la lentezza dell'arbitrato."

Anche se, ovviamente, esistono differenze, osservazioni simili vengono rivolte al processo arbitrale inglese. Stipanowich poi osserva che l'emergenza della mediazione negli Stati Uniti:

"...ha rivoluzionato i processi di risoluzione di conflitti in pubblico e in privato e ha sfidato il primato del processo giudiziale e dell'arbitrato con la loro enfasi su un completo scambio di informazione, piena esposizione ed un esteso processo regolare".

La sua descrizione e spiegazione per l'aumento della popolarità della mediazione è molto convincente.

Coloro che conducono processi giudiziali e arbitrati non dovrebbero trasferire e imporre i propri schemi logici, al processo della mediazione. Dovrebbero accantonare i preconcetti su come la risoluzione di una disputa sia condotta e imparare da questo nuovo modello. La mediazione non è solo l'uso del buon senso ma impone una nuova cultura da sviluppare. Coloro che sono coinvolti in dispute di qualsiasi natura devono prestare attenzione affinché la mediazione (probabilmente usata a fianco dei processi giudiziali) mantenga il suo dinamismo, la sua semplicità e la sua efficacia. Così come avviene in architettura ora anche nella risoluzione delle controversie sembra valido, fino a un certo punto, il principio "meno è meglio"²¹

¹⁹University of Illinois Law Review vol 2010 No. 1. 2010.

²⁰Vedi www.cpradr.org per ulteriori dettagli. CPR, che ha sede a New York è uno dei pionieri della mediazione.

²¹Mies van der Rohe.

Contatti

**Per ulteriori informazioni o domande specifiche,
è possibile contattare l'autore:**

Rhys Clift MCI Arb

CEDR Solve Mediator

Rhys Clift è descritto nell'International Who's Who of Shipping & Maritime Lawyers 2010 come un avvocato con uno "spessore di competenze non indifferente". Candidato a 4 premi principali negli ultimi cinque anni (compresi i CEDR Awards for Excellence in ADR 2006 e 2008), unisce all'esercizio professionale di consulente legale marittimo, assicurativo e riassicurativo, l'esercizio di mediatore commerciale.

t +44 (0) 207 280 9199

m +44 (0) 7785 356994

f +44 (0) 207 283 1144

rhys.clift@hilldickinson.com

**È anche possibile contattare i traduttori del libro, o i membri
del nostro "Italian Group" per assistenza in italiano:**

http://www.hilldickinson.com/il_gruppo_italiano.aspx

Federica Cozzani

t +44(0)207 280 9142

federica.cozzani@hilldickinson.com

Thomas Frei

t +44(0)207 280 9210

thomas.fre@hilldickinson.com

Francesco Tundo

t +44(0)207 280 9139

francesco.tundo@hilldickinson.com

O visitare il sito web Hill Dickinson mediante i seguenti link:

- "Marine, trade and energy services"
- "Marine insurance and reinsurance services"

Si ringrazia particolarmente l'Avv Carlo Cacciapuoti dello Studio Legale Carlo Cacciapuoti di Genova per l'assistenza prestata nella traduzione del testo in italiano.

La presente guida è stata redatta con cura ma non è da considerarsi come consulenza giuridica per casi particolari. Vi preghiamo di contattare un membro del nostro studio per quesiti specifici.

Settori di competenza

- Accertamenti fiscali
- Aerospaziale
- “Alternative dispute resolution”
- Ambiente
- Appalti pubblici
- Arbitrato
- “Asset Finance”
- Assicurazioni
- Assicurazioni e riassicurazioni
- “Childcare”
- Commerciale aziendale
- Commercio internazionale
- “Commodities”
- Compravendità di proprietà
- Contratti di locazione commerciale
- Controversie legali
- Controversie nel settore pubblico
- “Corporate Finance”
- “Corporate recovery”
- Costi legali
- Costruzioni
- Diffamazione
- Diritto agrario
- Diritto bancario e finanziario
- Diritto del lavoro
- Diritto del turismo
- Diritto della proprietà
- Diritto dello sport
- Diritto di famiglia
- Diritto marittimo
- Diritto matrimoniale
- Diritto penale societario
- Diritto sanitario (odontoiatria)
- Diritto scolastico
- Diritto societario
- Diritto tributario
- “Disaster management”
- Dogane e imposte
- E-commerce
- Energia e “offshore”
- Enti e fondazioni di beneficenza
- “EU competition”
- Finanza
- Finanza delle spedizioni
- Finanziamenti
- Fondi d’investimento
- “Franchising”
- Frodi
- Fusioni e acquisizioni
- Gestione del contenzioso
- Gestione dei crediti
- Gestione del patrimonio
- Gestione del rischio
- “Healthcare”
- Immatricolazione di navi e imbarcazioni da riporto
- “Information Technology”
- Infortuni e responsabilità civile
- Inquinamento
- Insolvenza
- IVA
- “Joint ventures”
- Leggi sul “design” e sui marchi di fabbrica
- Libertà civili
- Licenze e gioco d’azzardo
- Malattie professionali
- Mediazione
- Mercè e logistica
- Mezzi di informazione e intrattenimento
- Negligenza clinica
- Normative
- “Partnership e LLP”
- Pensioni
- PFI/PPP
- Pirateria
- Prestazioni per i dipendenti
- Private equity
- “Project finance”
- Proprietà intellettuale
- Recupero crediti
- Responsabilità civile professionale
- Responsabilità per danni da prodotti difettosi
- “Retail”
- Risoluzione delle controversie
- Risposta all’emergenza
- Ristrutturazioni aziendali
- Sinistri marittimi
- Soluzioni di controversie in materia di motori
- Soluzioni energetiche
- Spedizioni marittime
- Trasgressioni del codice della strada
- Trasporti
- Trasporti e responsabilità
- Trasporti ferroviari
- Trasporto di merci
- “Trusts”
- Volontà testamentarie
- Yacht

Chi è Hill Dickinson

Lo studio Hill Dickinson offre un'ampia gamma di servizi legali dai suoi uffici di Londra, Pireo, Singapore, Liverpool, Manchester, Chester e Sheffield. Lo studio ha oltre 1.300 dipendenti compresi 190 partner.

La competenza in materia marittima di Hill Dickinson è rinomata a livello internazionale. Il punto di forza dello studio sono le assicurazioni e lo studio gode di rispetto nell'arena commerciale e tra gli altri studi. Le sue prassi in materia di diritto del lavoro, costruzioni e proprietà sono state premiate ed è ampiamente considerato leader nel campo delle controversie commerciali, della proprietà intellettuale e della gestione del patrimonio.

HILL DICKINSON

www.hilldickinson.com

Londra | Pireo | Singapore | Liverpool | Manchester | Chester | Sheffield